

a Eleonora

INDICE SOMMARIO

<i>Abbreviazioni</i>	XI
--------------------------------	----

CAPITOLO I

LE UNIONI CIVILI NEL DIRITTO COMPARATO. NOZIONI E QUALIFICAZIONI

1. Osservazioni introduttive. Riconoscimento e disciplina delle unioni civili nel diritto comparato. Gli accordi di convivenza	1
2. (<i>Segue</i>): i partenariati registrati	000
3. (<i>Segue</i>): riconoscimento ai conviventi di alcuni diritti, nel quadro di ordinamenti che non prevedono le unioni civili	000
4. Posizione del problema della disciplina delle unioni civili nel diritto internazionale privato	000
5. Qualificazione delle unioni civili. Ambito dell'indagine	000

CAPITOLO II

LE UNIONI CIVILI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

1. Rilevanza di norme internazionali sui diritti dell'uomo ai fini della qualificazione e del trattamento internazionalprivatistico delle unioni civili . .	000
2. Il diritto alla vita privata e familiare negli strumenti regionali di tutela dei diritti dell'uomo. L'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali	000
3. (<i>Segue</i>): rispetto della vita familiare e obblighi degli Stati	000
4. (<i>Segue</i>): il diritto di fondare una famiglia nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo	000
5. La tutela delle relazioni familiari nell'Unione europea	000
6. (<i>Segue</i>): la tutela del diritto alla vita familiare e il diritto di fondare una famiglia nella Carta europea dei diritti fondamentali	000
7. (<i>Segue</i>): le unioni civili nell'ordinamento dell'Unione europea	000
8. (<i>Segue</i>): il riconoscimento degli <i>status</i> familiari nell'ordinamento dell'Unione europea	000

- | | |
|--|-----|
| 9. Influenza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e degli orientamenti comunitari sulla disciplina di conflitto delle unioni civili | 000 |
|--|-----|

CAPITOLO III

PROBLEMI DI GIURISDIZIONE

- | | |
|---|-----|
| 1. Osservazioni introduttive. Controversie proponibili riguardo alle unioni civili e interrelazione tra discipline di fonte diversa | 000 |
| 2. (<i>Segue</i>): aspetti problematici. | 000 |
| 3. Norme generali di giurisdizione. | 000 |
| 4. Norme speciali di giurisdizione. Rapporti tra conviventi | 000 |
| 5. (<i>Segue</i>): rapporti tra conviventi e figli | 000 |
| 6. La proroga della giurisdizione italiana | 000 |
| 7. Questioni pregiudiziali | 000 |

CAPITOLO IV

LA LEGGE APPLICABILE ALLE UNIONI CIVILI

Sezione I

Metodi di qualificazione e problemi concernenti le unioni civili

- | | |
|---|-----|
| 1. Osservazioni introduttive. Qualificazione delle unioni civili. Metodi di qualificazione e metodi di coordinamento tra ordinamenti in conflitto . . | 000 |
| 2. (<i>Segue</i>): soluzioni possibili: qualificazione <i>lege fori</i> , qualificazione <i>lege causae</i> , qualificazione funzionale. Il problema degli istituti ignoti alla <i>lex fori</i> | 000 |
| 3. Esiti del metodo di qualificazione prescelto: necessità di scindere la qualificazione in due operazioni distinte. Qualificazione dei presupposti delle unioni civili | 000 |
| 4. (<i>Segue</i>): vantaggi e svantaggi del collegamento proposto | 000 |
| 5. (<i>Segue</i>): coordinamento con la disciplina prevista per altri istituti | 000 |
| 6. (<i>Segue</i>): qualificazione delle unioni civili nell'ambito degli ordinamenti in conflitto. La qualificazione contrattuale | 000 |
| 7. (<i>Segue</i>): la qualificazione familiare | 000 |

Sezione II

Soluzione del problema di qualificazione e disciplina applicabile alle unioni civili

- | | |
|--|-----|
| 1. Qualificazione autonoma delle unioni civili e disciplina applicabile. I rapporti tra i conviventi | 000 |
| 2. (<i>Segue</i>): la disciplina di conflitto dei rapporti tra conviventi e figli. | 000 |
| 3. (<i>Segue</i>): le adozioni poste in essere dai conviventi | 000 |

4. (<i>Segue</i>): la disciplina delle obbligazioni alimentari tra i conviventi e i figli.	000
5. Questioni preliminari.	000
6. Operatività del rinvio	000
7. (<i>Segue</i>): operatività del rinvio di qualificazione	000
8. Problemi di ordine pubblico e possibile rilevanza delle norme straniere di applicazione necessaria.	000
9. Ordinamenti plurilegislativi	000
10. (<i>Segue</i>): aspetti problematici.	000

CAPITOLO V

RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE DEI PROVVEDIMENTI CONCERNENTI LE UNIONI CIVILI

1. Osservazioni introduttive	000
2. Il riconoscimento delle unioni civili	000
3. Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni collegate alle unioni civili. Le decisioni relative ai rapporti tra i <i>partners</i>	000
4. (<i>Segue</i>): in particolare: le decisioni di scioglimento dei partenariati	000
5. (<i>Segue</i>): le decisioni relative ai rapporti con i figli	000
6. (<i>Segue</i>): il riconoscimento dei provvedimenti di adozione.	000

RILIEVI CONCLUSIVI

1. Osservazioni generali.	000
2. Rilevanza della qualificazione delle unioni civili	000
3. Soluzioni proponibili sulla base della qualificazione autonoma delle unioni civili	000
<i>Indice delle sentenze</i>	000
<i>Indice degli autori</i>	000

ABBREVIAZIONI

Austr. Yearb. Int. Law	Australian Yearbook of International Law
BOE	Boletín Oficial del Estado
Brandeis Law Journ.	Brandeis Law Journal
BYIL	British Yearbook of International Law
Cahiers dr. eur.	Cahiers de droit européen
Can. Journ. Fam. Law	Canadian Journal of Family Law
Clunet	Journal du droit international privé - Clunet (dal 1915: Journal du droit international)
CMLR	Common Market Law Review
CorG	Il corriere giuridico
Cornell Int. Law Journ.	Cornell International Law Journal
Creighton L. Rev.	Creighton Law Review
CS	Comunicazioni e Studi dell'Istituto di Diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano
Dig. disc. priv., sez. civ.	Digesto, IV edizione, Discipline privatistiche - sezione civile, Torino.
Dir. fam.	Il diritto della famiglia e delle persone
Dir. UE	Diritto dell'Unione europea
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
Eur. Hum. Rights Law Rev.	European Human Rights Law Review
Eur. Journ. Fam. Law	European Journal of Family Law
Eur. Journ. Int. Law	European Journal of International Law
Eur. Law Rev.	European Law Review
Fam. dir.	Famiglia e diritto
Fam. Law	Family Law
FamRZ	FamilienrechtZeitung
Foro it.	Foro italiano
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giur. merito	Giurisprudenza di merito
Giust. civ.	Giustizia civile
G.U.	Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana
G.U.C.E.	Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee
Guid. dir.	Guida al diritto
G.U.U.E.	Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
Harvard Hum. Rights Law Journ.	Harvard Human Rights Law Journal

Harvard Law Rev.	Harvard Law Review
HRLQ	Human Rights Law Quarterly
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
Int. Enc. Comp. Law	International Encyclopedia of Comparative Law, J.C.B. Mohr, Tübingen
IPRax	Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrechts
JO	Journal Officiel
Journ. Soc. Welf. Fam. Law	Journal of Social Welfare and Family Law
King's Co. Law Journ.	The King's College Law Journal
Law Quart. Rev.	The Law Quarterly Review
Maastricht Journ. Eur. Comp. Law	Maastricht Journal of European and Comparative Law
McGill Law Journ.	Mc Gill Law Journal
Mod. Law Rev.	Modern Law Review
NILR	Netherlands International Law Review
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Nuove leggi civ. comm.	Nuove leggi civili commentate
OGH	Oberster Gerichtshof (Austria)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Raccolta	Raccolta della giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado: Corte di giustizia (parte I), Tribunale di primo grado (parte II)
Recueil des Cours	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye - Collected Courses of the Hague Academy of International Law
Rev. dr. int. pr.	Revue de droit international privé et de droit pénal international
Rev. esp. der. int.	Revista española de derecho internacional
Rev. mar. comm.	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
Rev. trim. dr. eur.	Revue trimestrielle de droit européen
Rev. trim. dr. homme	Revue trimestrielle des droits de l'homme
Revue critique	Revue critique de droit international privé
RIDC	Revue internationale de droit comparé
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. crit. dir. priv.	Rivista critica del diritto privato
Riv. dir. int.	Rivista di diritto internazionale
Riv. dir. int. priv. proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
Riv. dir. proc.	Rivista di diritto processuale
Riv. int. dir. uomo	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
Trav. com. fr.	Travaux du Comité français de droit international privé, Paris
VJIL	Virginia Journal of International Law
Yale Law Journ.	Yale Law Journal
YPIL	Yearbook of Private International Law

ZfAP	Zeitschrift für Ausländisches und internationales Privat- recht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZPO	Zivilprozeßordnung (Germania)

CAPITOLO I

LE UNIONI CIVILI NEL DIRITTO COMPARATO. NOZIONI E QUALIFICAZIONI

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. Riconoscimento e disciplina delle unioni civili nel diritto comparato. Gli accordi di convivenza. — 2. (*Segue*): i partenariati registrati. — 3. (*Segue*): riconoscimento ai conviventi di alcuni diritti, nel quadro di ordinamenti che non prevedono le unioni civili. — 4. Posizione del problema della disciplina delle unioni civili nel diritto internazionale privato. — 5. Qualificazione delle unioni civili. Ambito dell'indagine.

1. *Osservazioni introduttive. Riconoscimento e disciplina delle unioni civili nel diritto comparato. Gli accordi di convivenza.*

La recente evoluzione normativa degli ordinamenti di *civil law* e di *common law* in relazione alla disciplina dello *status* delle persone e dei rapporti di famiglia ha condotto al riconoscimento di nuovi modelli di convivenza. Si è avuta infatti la formazione di nuovi istituti, soprattutto in materia di unioni personali, siano esse eterosessuali od omosessuali, a seguito del fatto che molti sistemi giuridici hanno previsto regole specifiche per unioni, diverse dal matrimonio, fondate sulla volontà delle parti, e generalmente definite come unioni civili (1).

(1) Sul punto si veda: FORDER, *European Models of Domestic Partnerships Laws: The Field of Choice*, in *Can. Journ. Fam. Law*, 2000, p. 371 ss.; ID., *Riconoscimento e regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 107 ss.; WAALDIJK, *Civil Developments: Patterns of Reform in the Legal Position of Same-Sex Partnerships in Europe*, in *Can. Journ. Fam. Law*, 2000, p. 62 ss.; WINTERMUTE, ANDENÆS (eds.), *Legal Recognition of Same - Sex Partnerships. A Study of Natio-*

Varie sono le discipline poste in tale settore, anche perché molteplici e diversi sono i rapporti su cui esse incidono.

Accanto alle unioni fra persone legate da un rapporto sentimentale, e determinate dall'impossibilità giuridica di contrarre matrimonio, temporalmente limitata per i soggetti in attesa di scioglimento del matrimonio precedente, ed indeterminata per le coppie omosessuali, se non sottoposte ad ordinamenti che consentano loro il matrimonio, si pongono le convivenze volontarie ispirate da ragioni non esclusivamente sentimentali (economiche, ideologiche, di studio, ecc.), e le convivenze fra soggetti legati da vincoli di consanguineità (2).

Differenti sono i modelli rivolti alla disciplina di tali fattispecie, tra i quali si delineano innanzitutto le c.d. unioni di fatto, ovvero le unioni informali, non fondate su atti o dichiarazioni rese e raccolte dinanzi ad un'autorità pubblica, né regolate da alcun tipo di accordo formalizzato tra i membri dell'unione. Benché definite entro alcuni sistemi giuridici (3), tali unioni non paiono porre pro-

nal, European and International Law, Oxford-Portland Oregon, 2001; COESTER, *Same - Sex Relationships: a Comparative Assessment of Legal Developments Across Europe*, in *Eur. Journ. Fam. Law*, 2002, p. 589 ss.; BOELE-WOLEKI, FUCKS (eds.), *Legal Recognition of Same — Sex Couples in Europe*, Antwerp, Oxford, New York, 2003; MCGLYNN, *Families, Partnerships and Law Reform in the European Union. Balancing Disciplinary and Liberalisation*, in *Mod. Law Rev.*, 2006, p. 92 ss.

(2) Si veda in generale sul punto COESTER-WALTJEN, COESTER, *Formation of Marriage*, in *Int. Enc. Comp. Law*, IV, *Persons and Family*, 3, Tübingen, 1997, p. 50 ss.

(3) Significativa è ad es. la definizione di *concubinage* posta dall'art. 515-8 *Code civil*, a seguito delle modifiche introdotte dalla l. 15 novembre 1999, n. 99-944, *Loi relative au Pacte Civil de Solidarité*, in *Journal Officiel* 16 novembre 1999, n. 265, p. 16959, consultabile anche all'indirizzo <http://www.legifrance.gouv.fr>: « *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ». Sul *concubinage* nel sistema di conflitto francese, si veda DELMAS SAINT-HILAIRE, *France, Rapport National*, in CONSORTIUM ASSER-UCL, *Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des États membres de l'Union européenne* (Offre n. JAI/A3/2001/03), consultabile all'indirizzo http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf, p. 66 ss., p. 71. Più in generale, sulla limitata rilevanza giuridica delle unioni di fatto, si veda

blemi particolari di diritto internazionale privato (4), in quanto fatti giuridici ai quali, sulla base di tale qualificazione, non può che applicarsi la disciplina individuata con riguardo alle situazioni alle stesse collegate, quali fonte di reciproche obbligazioni e di possibili controversie (5), come ad es. il contratto con cui i membri di tali unioni abbiano regolato gli interessi comuni, le obbligazioni alimentari, le obbligazioni non contrattuali, *ex lege* o da fatto illecito, sia nei rapporti tra i conviventi sia riguardo ai terzi (6).

Quale alternativa alle unioni di fatto, alcuni ordinamenti nazionali hanno posto alcune norme per regolare le convivenze nella

GLENDON, *Patterns of Contemporary Legal Response to the Social Phenomenon of de facto Marriage*, in *Festschrift für Murad Ferid*, München, 1978, p. 491 ss.

(4) Per un'analisi completa dei problemi posti da tali unioni nel diritto internazionale privato, della regolamentazione delle stesse all'interno di alcuni ordinamenti, e la prospettazione di una qualificazione personale si veda DEVERS, *Le concubinage en droit international privé*, Paris, 2004, p. 31 ss. A favore della qualificazione personale delle unioni di fatto pare essere anche GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple en droit international privé*, in *Recueil des cours*, 1991-I, pp. 9 ss., p. 167.

(5) Si veda nello stesso senso AUDIT, *Droit international privé*, Paris, 2006, p. 511 ss.; MAYER, HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, 2004, p. 547.

(6) Si veda in tal senso TGI Paris, 21 novembre 1983, in *Revue critique*, 1984, con nota di LAGARDE, p. 628 ss. Nel caso, la legge francese è stata ritenuta applicabile alla liquidazione degli interessi patrimoniali di due conviventi portoghesi, in quanto *lex loci delicti*, da preferirsi dunque anche alla legge della comune cittadinanza. Per una soluzione analoga, si veda OGH, 18 febbraio 1982, in *IPRax*, 1983, con nota di STRIEWE, p. 248 ss., in cui si applicò la legge tedesca, determinata dalla rottura in Germania della convivenza tra un austriaco e una polacca, con la conseguenza che la richiesta di risarcimento avanzata dalla donna venne rigettata. Si veda inoltre OLG Düsseldorf, 10 aprile 1979, in *NJW*, 1979, p. 1509. In dottrina si veda nello stesso senso: SANCHEZ LORENZO, *Las parejas no casadas ante el derecho internacional privado*, in *Rev. esp. der. int.*, 1989, p. 504 ss.; KESSLER, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Paris, 2004, p. 60, che propone l'operatività dei collegamenti della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ai contratti che i conviventi concludano per disciplinare la loro relazione, ad eccezione, tuttavia, della prestazione caratteristica, difficilmente determinabile nel caso di specie. Per una diversa qualificazione delle unioni di fatto in termini di istituti rilevanti ai fini dello statuto personale o di relazioni familiari degli individui, si veda tuttavia: GAUTIER, *Les couples internationaux de concubins*, in *Revue critique*, 1991, p. 527 ss.; GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple*, cit., p. 167 ss.; CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, 1992, p. 353 ss.; FULCHIRON, *Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé*, in *Clunet.*, 2000, p. 897 ss.; DEVERS, *Le concubinage*, cit., p. 31 ss.

forma delle unioni civili, in un quadro molto diversificato, entro il quale è possibile delineare differenti modelli, riconducibili, da un lato, al contratto di convivenza, istituto negoziale, suscettibile di registrazione presso le competenti autorità, individuate entro l'ordinamento che prevede tale fattispecie, e, dall'altro lato, al partenariato registrato, ovvero all'istituto che consente di formalizzare una relazione tra individui con effetti in parte analoghi al matrimonio.

Il modello più completo cui si riconducono le differenti tipologie dei contratti di convivenza può agevolmente individuarsi nel *pacs* (*pacte civil de solidarité*) francese, chiaramente definito dall'art. 515-1 *Code civil* come « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ». Si tratta infatti di un accordo di convivenza, aperto a tutte le coppie, registrato presso i tribunali (7) e destinato a regolare la « *cohabitation* », ovvero la convivenza stabile e continua tra due persone, come disciplinata dall'art. 515-8 *Code civil*, a seguito della riforma operata dalla *Loi relative au Pacte civil de Solidarité* (8). Nonostante la natura eminentemente contrattuale che lo caratterizza, il *pacs* determina delle conseguenze rilevanti ai fini dello stato civile dei contraenti, come confermato ad es. sia dal fatto che il matrimonio di uno dei contraenti implica la risoluzione del *pacs*, sia dalla circostanza che la conclusione di un *pacs* non è consentita ai soggetti già coniugati o vincolati da un *pacs* (9).

In maniera analoga, i soggetti che intraprendono in Belgio una « *cohabitation légale* », come definita dall'art. 1475 *Code civil* (10),

(7) Territorialmente individuati secondo quanto prevede l'art. 515-3 *Code civil*.

(8) L. 15 novembre 1999, n. 99-944, *Loi relative au Pacte Civil de Solidarité*, cit. Per un'ampia analisi delle conseguenze determinate, entro l'ordinamento giuridico francese, anche ai fini del diritto internazionale privato, da tale legge, si veda KESSLER, *Les partenariats enregistrés*, cit., p. 19 ss.

(9) Si veda in tal senso anche la *décision* del Conseil Constitutionnel, del 9 novembre 1999, in JO, 16 novembre 1999, p. 16962, ed inoltre le osservazioni di RICHARDS, *The Legal Recognition of Same - Sex Couples - The French Perspective*, in ICLQ, 2002, p. 305 ss., p. 315 ss.

(10) Tale disposizione, come modificata dalla l. 23 novembre 1998, *Loi instau-*

rendendo a tal fine una dichiarazione all'ufficiale di stato civile del luogo in cui hanno domicilio, se non coniugati o vincolati da altro partenariato (art. 1476 § 1 *Code civil*), possono concludere, in forma autentica dinanzi a un notaio, un accordo con cui disciplinano i termini patrimoniali della convivenza, da accludere alla dichiarazione di « *cohabitation* » (11). Evidente dunque, anche in questo caso, l'efficacia non esclusivamente contrattuale dei contratti di convivenza di diritto belga.

2. (Segue): *i partenariati registrati*.

L'istituto del partenariato registrato si configura autonomamente rispetto a qualsiasi fattispecie di natura negoziale e si contraddistingue per l'effetto di equiparare i *partners* ai soggetti che hanno contratto matrimonio. Al riguardo, si segnalano tuttavia alcune differenze suscettibili di delineare due diverse tipologie di *Partnership*, variamente classificate come *Domestic Partnership* e *Registered Partnership*, ovvero come *Partenariat Statut* e *Partenariat Cadre*, a seconda del fatto che prevedano una regolamentazione più o meno completa della convivenza (12).

Con la *Domestic Partnership* si realizza il riconoscimento di

rant la cohabitation légale (in *Moniteur belge*, 12 janvier 1999) a partire dal 1° gennaio 2000, dispone infatti: « (1) "Par cohabitation légale", il y a lieu d'entendre la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration au sens de l'article 1476. (2) Pour pouvoir faire une déclaration de cohabitation légale, les deux parties doivent satisfaire aux conditions suivantes: ne pas être liées par un mariage ou par une autre cohabitation légale; être capables de contracter conformément aux articles 1123 et 1124 ».

(11) Tale accordo può essere modificato nel corso della convivenza purché la modifica sia realizzata in forma autentica, dinanzi al notaio e sia resa nota nel *registre de la population*.

(12) FULCHIRON, *Réflexions sur les unions*, cit., p. 902 ss. Quest'ultimo tuttavia riconduce alla categoria del « *partenariat cadre* » anche i pacs francesi e la *cohabitation légale* belga, già considerati nel testo secondo la diversa classificazione negoziale. Sul punto, si veda inoltre RICHARDS, *The Legal Recognition of Same - Sex Couples*, cit., p. 305 ss.; KESSLER, *Les partenariats enregistrés*, cit., p. 24 ss.

alcuni diritti tradizionalmente derivanti dal matrimonio a seguito di una convivenza rispetto alla quale i *partners* hanno l'onere della prova. Tale è ad es. il caso della regolamentazione vigente in alcune regioni autonome spagnole che hanno introdotto dei registri specificamente dedicati alle coppie non coniugate, da non confondersi tuttavia con il registro di stato civile, di esclusiva competenza dello Stato spagnolo. In questa ipotesi, la registrazione ha dunque l'effetto di costituire una prova, peraltro non assoluta, dell'esistenza di una coppia non coniugata (13).

Tale è anche il caso dell'ordinamento del Portogallo, ove la l. n. 7/2001 (14) regola la situazione giuridica di due persone che, indipendentemente dalla loro condizione sessuale, convivono da più di due anni, quale premessa per godere di agevolazioni sociali analoghe a quelle riconosciute dalla l. n. 6/2001 ai soggetti che convivono, ma non costituiscono una coppia (15). Questo istituto determina dunque conseguenze di vario tipo, rilevanti anche ai fini dello *status* dei conviventi, come confermato dal fatto che, in caso di dissoluzione dell'unione, per far valere i diritti derivanti da tale situa-

(13) Si v. in tal senso la legge catalana del 15 luglio 1998 (*Llei 10/1998 relativa a Uniones estables de parella*) la legge aragonese del 26 marzo 1999, n. 6 (*Ley relativa a parejas estables no casada*); la legge della comunità di Navarra n. 6/2000 del 22 giugno 2000 (*Ley para la igualdad jurídica de las parejas estables*) e la l. n. 18/2001 del 19 dicembre 2001 delle Isole Baleari (*Ley de Parejas Estables*). Si vedano inoltre, sebbene più limitate negli scopi, la l. n. 1/2001 del 28 marzo 2001 della Comunità di Valencia (*Ley por que se regular las uniones de echo*), la l. n. 11/2001 del 19 dicembre 2001 della Comunità autonoma di Madrid (*Ley de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid*), la l. n. 4/2002 del 23 maggio 2002 della Comunità delle Asturie (*Ley de Parejas Estables*), la l. n. 5/2002 del 16 dicembre 2002 (*Ley de Parejas de Hecho de Andalucía*), la l. n. 5/2003 del 6 marzo 2003 per le Isole Canarie, e la l. n. 2/2003 del 7 maggio 2003 per i Paesi Baschi. Su tali discipline, si veda in generale GONZALEZ BEILFUSS, *Nuevas normas catalanas: el Código de familia y la ley de parejas de hecho*, in *Rev. esp. der. int.*, 1998, p. 310.

(14) L. 11 maggio 2001, n. 7, *Adopta medidas de protecção das uniões de facto*, in *Diário da República*, I, Série A, n. 109, 11 Maio 2001, p. 2797 ss.

(15) L. 11 maggio 2001, n. 6, *Adopta medidas de protecção das pessoas que vivem em economia comum*, in *Diário da República*, I, Série A, n. 109, 11 Maio 2001, p. 2796 s.

zione, occorre attivare il procedimento giurisdizionale previsto dall'art. 8.

In maniera analoga, l'estensione di alcuni diritti generalmente attribuiti alle persone coniugate (proprietà comune, diritti successori, ecc.) è stabilita ad es. dalle discipline previste per le unioni omosessuali da Ungheria (16), Croazia (17), Slovenia (18) e in alcune province dell'Australia (19).

Infine, il modello della *Domestic Partnership* è accolto anche negli Stati Uniti, seppure con alcune differenze tra Stati. Al riguardo si possono infatti distinguere, in primo luogo, il Vermont (20) e il Connecticut (21), ove l'istituto della *Civil Union* appare funzionale al riconoscimento di alcuni diritti analoghi a quelli dei coniugi solo alle coppie omosessuali, in secondo luogo il New Jersey (22), il Maine (23) e le Hawaii (24), che, con istituti definiti rispettivamente *Domestic Partnership* e *Reciprocal Beneficiary Relationship*, consentono a coppie omosessuali e non di esercitare al-

(16) Si veda in tal senso l'art. 685/A del codice civile come modificato dalla riforma del 1996, che ha esteso la possibilità di concludere un'unione civile a tutti gli individui, indipendentemente dal sesso proprio e del *partner*. Sulla portata di tale riforma, si veda: FARKAS, *Nice on Paper: the Aborted Liberalisation of Gay Rights in Hungary*, in WINTEMUTE, ANDENÆS (eds.), *Legal Recognition of Same - Sex Partnerships*, cit., p. 567 ss.; SCHANDA, *Domestic Partnerships in Hungary*, in *European Consortium for Church and State, Newsletter*, 2006, p. 3 ss.

(17) L. 14 giugno 2003, n. 01 - 081 - 03 - 2597/2. Una versione inglese non ufficiale di questa legge è consultabile all'indirizzo: <http://www.iglhrc.org>.

(18) L. 22 giugno 2005, *Zakon o Registraciji Istospolne Partnerske Skupnosti*.

(19) Si veda ad es. il *Property (Relationships) Amendment Act* 2001 della Nuova Zelanda, sul quale CHRISTIE, *The New Zealand Same-Sex Marriage Case*, in WINTEMUTE, ANDENÆS (eds.), *Legal Recognition of Same - Sex Partnerships*, cit., p. 333 ss.

(20) *Act 91 Relating to Civil Unions*, consultabile all'indirizzo <http://www.se-c.state.vt.us>.

(21) *Act on Civil Union* 2005, consultabile all'indirizzo: <http://www.cta.ct.gov>.

(22) *The Domestic Partner Act* 2004, consultabile all'indirizzo: <http://www.state.nj.us>.

(23) *Law 672 regarding Domestic Partner Registration* 2004, consultabile all'indirizzo: <http://www.maine.gov>.

(24) *Hawaii Reciprocal Beneficiary Law* 1997, consultabile all'indirizzo: <http://www.hawaii.gov>.

cuni diritti propri delle coppie sposate, ed infine la California (25), che prevede il modello più completo di *Domestic Partnership*, estendendo a tale fattispecie tutte le prerogative coniugali.

È interessante notare come, nel modello statunitense di *Domestic Partnership*, l'istituto della convivenza è nettamente distinto da quello del matrimonio (26); ad es. nel *Civil Union Act* del Vermont si chiarisce, da un lato, che « *"Civil union" means that two eligible persons have established a relationship pursuant to this chapter, and may receive the benefits and protections and be subject to the responsibilities of the spouses* » (s. 1201.2), e, dall'altro che « *"Marriage" means the legally recognized union of one man and one woman* » (s. 1201.4) (27). Ciò non esclude che si prevedano regole simili a quelle previste in materia matrimoniale per quanto concerne l'esercizio dei diritti a tali istituti connessi. Ad es. il *Civil Union Act* del Vermont attribuisce la competenza a sciogliere le *Civil Unions* alla *Family Court* con regole di procedura analoghe a quelle previste in tema di scioglimento del matrimonio (28). In maniera analoga, il

(25) La regolamentazione californiana sui partenariati registrati è stata varie volte modificata, a partire dall'introduzione di tale istituto nel 1999, da ultimo con *The Domestic Partners Rights and Responsibilities Act 2003* (2003AB 205), consultabile all'indirizzo: <http://www.cta.ct.gov>.

(26) Il matrimonio è istituto diversamente regolato negli ordinamenti dei singoli Stati, essendo ad es. consentito anche a persone dello stesso sesso nello Stato del Massachusetts, seppure sulla base di un'affermazione della Corte Suprema, nel caso *Goodridge v. Department of Public Health*, 18 novembre 2003, SJC 08860. Sulla portata del riconoscimento giurisprudenziale dei matrimoni omosessuali al di fuori degli ordinamenti in cui sono stati posti in essere, si veda: WINTERMUTE, *The Massachusetts Same - Sex Marriage Case: Could Decision From Canada, Europe and South Africa Help the SJC?*, in *New England Law Review*, 2004, p. 505 ss.; si veda inoltre HILL KAY, *Same - Sex Divorce in the Conflict of Laws*, in *The King's College Law Journal*, 2004, p. 63 ss.

(27) *Act Relating to Civil Unions*, n. 91, 26 aprile 2000, in *Harvard Law Rev.*, 2001, p. 1421 ss.

(28) La s. 1206 del *Civil Union Act* stabilisce infatti: « *The family court shall have jurisdiction over all proceedings relating to the dissolution of civil unions. The dissolution of civil unions shall follow the same procedures and be subject to the same substantive rights and obligations that are involved in the dissolution of marriage in accordance with chapter 11 of this title, including any resident requirements* ».

Domestic Partner Act della California attribuisce la competenza a decidere sullo scioglimento di tali istituti agli stessi organi competenti in tema divorzio, prevedendo inoltre l'applicazione di regole simili (29), pur prevedendo anche la possibilità che lo scioglimento avvenga in via consensuale (s. 8).

La *Registered Partnership* configura invece un istituto giuridico, di norma previsto per le coppie omosessuali, che tende a riproporre lo schema del matrimonio. La registrazione avviene generalmente tramite atto pubblico e produce effetti giuridici personali e patrimoniali.

Tale modello ricorre ad es. nei paesi scandinavi, che seguendo l'esempio della Danimarca, primo paese ad adottare una legge sulle convivenze omosessuali registrate, hanno regolato tale materia con discipline simili e rivolte ad equiparare il più possibile la posizione dei conviventi a quella dei coniugi (30), anche se con alcune diffe-

(29) La s. 16 (d) del *Domestic Partner Act* prevede infatti: « *The superior courts shall have jurisdiction over all proceedings relating to the dissolution of domestic partnerships, nullity of domestic partnerships, and legal separation of partners in a domestic partnership. The dissolution of a domestic partnership, nullity of a domestic partnership, and legal separation of partners in a domestic partnership shall follow the same procedures, and the partners shall possess the same rights, protections and benefits, and be subject to same responsibilities, obligations and duties, as apply to the dissolution of marriage, nullity of marriage, and legal separation of spouses in a marriage, respectively, except as provided in subdivision (a) and except that, in accordance with the consent acknowledged by domestic partners in the Declaration of Domestic Partnership form, proceedings for dissolution, nullity, or legal separation of a domestic partnership registered in this state may be filed in the superior courts of this state even if neither domestic partner is a resident of, or maintains a domicile in, the state at the time the proceeding are filed* ».

(30) Si veda in tal senso la l. danese 7 giugno 1989, n. 372, d/341 - H - ML, *Lov om registeret partnerskab*, successivamente modificata da l. 19 dicembre 1989, n. 821, *Datasammenskriving af Lov om registeret partnerskab*, da l. 14 giugno 1995, n. 387, *Lov om foraeldremyndighed og samvaer* e da l. 2 giugno 1999, n. 360, *Lov om aendring af lov om registeret partnerskab*: la versione inglese della legge è consultabile all'indirizzo <http://www.civildir.dk/regler/regipartnership.htm/>; l. norvegese 30 aprile 1993, *Bill on Registered Partnerships* n. 40 1992/1993, sull'unione registrata; la versione inglese della legge è consultabile all'indirizzo <http://www.ub.uio.no/ulovdata/lov-19930430-040-eng.pdf>; l. svedese 23 giugno 1994, emendata nel 2000, in *Svensk Förlatt ningssamling* 1994:1117, e in *Svensk Förlatt ningssamling* 2000:374; l. islandese

renze come ad es. quelle riscontrate nell'istituto svedese rispetto al più completo modello danese (31). In Danimarca, infatti, le coppie omosessuali registrate sono equiparate a quelle eterosessuali coniugate per vari aspetti, tra cui gli obblighi di mantenimento, il regime patrimoniale, fiscale, la disciplina successoria e divorzile; non possono tuttavia adottare e avere in affidamento congiunto un bambino, anche se viene riconosciuta la possibilità dell'affidamento a uno dei *partners* e l'adozione del figlio del *partner* (purché non sia cittadino straniero). Al contrario, non vi è alcuna disciplina organica della situazione delle coppie conviventi eterosessuali, anche se alcuni diritti sono loro riconosciuti a livello interpretativo (32).

Anche in Finlandia, dal 1° marzo 2002, le coppie omosessuali che abbiano registrato la convivenza sono equiparate a quelle eterosessuali coniugate, salvo che per quanto riguarda la possibilità di porre in essere un'adozione, negata in questo caso anche relativamente ai figli dei *partners*.

In Germania, la l. 16 febbraio 2001 (33) disciplina le convivenze registrate tra coppie omosessuali, attribuendo ai membri delle stesse diritti simili a quelli riconosciuti ai coniugi, a far data dalla dichiarazione resa dinanzi alla pubblica autorità competente; sono ad es. previsti obblighi alimentari in caso di separazione dei conviventi e, analogamente al matrimonio, il partenariato può sciogliersi solo tramite sentenza di tribunale. A seguito di una riforma del 15 dicembre 2004, è stato inoltre riconosciuto in capo

12 giugno 1996; il testo inglese di questa legge è consultabile all'indirizzo http://government.is/interpro/dkm/dkm.nsf/pages/eng_partnership; l. finlandese 9 novembre 2001, Act on Registered Partnerships (*Laki rekisteröidyistä parisuhteista*) 950/2001, consultabile, nella versione inglese, all'indirizzo <http://www.finlex.fi/english/index.html>).

(31) FULCHIRON, *Réflexions sur les unions*, cit., p. 902 ss.

(32) Si veda sul punto NIELSEN, *National Report, Denmark*, in CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes matrimoniaux*, cit.

(33) *Gesetz über die Eingetragene: Lebenspartnerschaft*, in *Bundesgesetzblatt*, 2001, I, p. 266 ss.

ai membri di tali unioni il diritto di adottare i figli del coniuge (§ 9.4) (34).

In Olanda, la registrazione del partenariato, secondo la disciplina introdotta nel 1997 (35), rende applicabile la regolamentazione concernente il regime matrimoniale tra coniugi e le obbligazioni alimentari, autorizza i *partners* all'adozione, ed impedisce il matrimonio finché il partenariato non venga sciolto, ad eccezione ovviamente del matrimonio tra gli stessi *partners*; tuttavia, a differenza del matrimonio, il partenariato registrato in Olanda può sciogliersi senza l'intervento dell'autorità giudiziaria, ovvero tramite un accordo tra i *partners*.

Nel Regno Unito, la recente introduzione delle *Registered Partnerships* nei sistemi di Inghilterra, Galles, Scozia e Irlanda del Nord, tramite il *Civil Partnership Act 2004* (36), ha consentito l'estensione della disciplina concernente le coppie coniugate alle coppie omosessuali che abbiano sottoscritto il « *Civil Partnership Document* », in presenza di due testimoni e del « *Civil Partnership Registrar* ». Tale estensione, che comporta anche la previsione di un procedimento giurisdizionale per porre fine alla *Registered Partnership*, riguarda vari aspetti tra cui il regime patrimoniale, alcuni benefici fiscali, assicurativi, pensionistici, il diritto di visita in ospedale, il diritto all'adozione e la responsabilità genitoriale sui figli (37). Anche in Lussemburgo è stata solo recentemente disposta

(34) *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftrechts*, in *Bundesgesetzblatt*, 2004, I, p. 3396 ss.

(35) L. 5 luglio 1997, in *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, 1997, n. 324, in vigore dal 1° gennaio 1998.

(36) Il *Civil Partnership Act 2004*, del 25 novembre 2004, è in vigore dal 5 dicembre 2005 ed è consultabile all'indirizzo: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/>.

(37) Si realizza in questo modo un'organica regolamentazione delle prerogative delle coppie omosessuali conviventi, in precedenza solo parzialmente ricostruibile in via giurisprudenziale, a far data dal 1999 (House of Lords, 28 ottobre 1999, *Fitzpatrick (A.P.) v. Sterling Housing Association Ltd.*: nel caso si trattava nella successione nel contratto di locazione da parte del *partner* superstite). Mette inoltre conto rilevare che alcuni provvedimenti amministrativi concedevano alle coppie omosessuali agevolazioni in tema di immigrazione (*Immigration and Nationality Directorate, Concession*

la disciplina del partenariato registrato, tramite una legge del 2004 (38), che prevede, a tal fine, la possibilità di formalizzare la « *communauté de vie de deux personnes de sexe différent ou de même sexe* », tramite una dichiarazione resa dinanzi all'ufficiale di stato civile del luogo di domicilio o di residenza comune, ed un eventuale accordo concernente gli effetti patrimoniali della convivenza. Anche tale istituto determina effetti patrimoniali (quale ad es. l'obbligo di mantenimento) e personali, come confermato dal fatto che non può registrare il partenariato chi è già legato da tale vincolo o da matrimonio, circostanza quest'ultima che può in ogni caso successivamente determinare lo scioglimento del partenariato.

Effetti analoghi sono determinati dalla registrazione dell'unione domestica, secondo quanto prevede la nuova Legge federale svizzera anche se con riguardo esclusivo alle coppie omosessuali (39), tramite la disposizione secondo la quale alla registrazione si ricollega lo stato civile « in unione domestica registrata », nonché la possibilità di esercitare numerosi diritti propri delle coppie coniugate, con la conseguenza, quanto al diritto internazionale pri-

outside the Immigration Rules for Unmarried Partners, 11 ottobre 1997). Sul punto FREEMAN, *United Kingdom Law and the Gay with Special Reference to Gay Marriages*, in *Die Rechtsstellung Gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, Tübingen, 2000, pp. 178-182.

(38) *La loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats*, in *Memorial*, A n. 143 del 6 agosto 2004, p. 2020 ss., è in vigore dal 1° novembre 2004.

(39) Legge federale del 18 giugno 2004 sull'unione domestica registrata di coppie omosessuali, in RU, 2005, p. 5685 ss., in vigore dal 1° gennaio 2006. Sul punto si veda *amplius* BUCHER, *Le couple en droit international privé*, Bâle, Genève, Munich, 2004, p. 193. In precedenza alcuni interventi in materia di partenariati registrati si erano avuti a livello cantonale; nel cantone di Ginevra, una legge del 15 febbraio 2001 ha introdotto un certificato di partenariato, suscettibile di registrazione presso il registro cantonale, al fine di riconoscere a « *deux personnes, qui souhaitent faire reconnaître leur vie commune et leur statut de couple (...)* » (art. 1.1), la possibilità « (...) *d'être traités de manière identique à des personnes mariées dans leurs relations avec l'administration publique, à l'exclusion de la taxation fiscale et de l'attribution de prestations sociales, à moins qu'une disposition de droit public n'en dispose autrement* » (art. 1.3); nel cantone di Zurigo, una legge del 23 settembre 2002 ha esteso alle coppie omosessuali diverse prerogative coniugali.

vato, che si ritengono in via analogica applicabili agli effetti di tali unioni le norme poste dalla legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato in materia familiare (art. 65a), rimanendo invece soggetta a una disciplina separata (luogo di registrazione) la costituzione delle medesime (40).

Alla categoria sino ad ora esaminata pare possano ricondursi infine le unioni civili ammesse e regolate, in Quebec, a far data dalla riforma operata, nel 2002 al Civil Code (41), che prevede l'estensione dei diritti e degli obblighi derivanti dal matrimonio alle coppie omosessuali ed eterosessuali che abbiano deciso di contrarre un'unione civile.

3. (Segue): *riconoscimento ai conviventi di alcuni diritti, nel quadro di ordinamenti che non prevedono le unioni civili.*

Dall'analisi sino ad ora condotta si può dunque concludere che è in atto un'evoluzione rivolta a riconoscere, in molti sistemi giuridici, nuovi istituti della convivenza, secondo il modello dell'accordo o del partenariato.

Sono pochi gli ordinamenti in cui non è dato riscontrare tale riconoscimento, seppure in presenza dell'affermazione di alcune prerogative in capo alle coppie che decidono di intraprendere una convivenza. In Grecia, ad es., vi è un limitato riferimento all'unione libera nell'art. 1444 par. 2 del codice civile, ma non sono chiare né l'applicabilità di tale nozione, né le conseguenze giuridiche della stessa (42).

In Austria, non vi è alcuna regolamentazione materiale delle unioni civili, benché la giurisprudenza abbia da tempo riconosciuto l'esi-

(40) Si ritornerà sul punto *infra* al par. 5 del cap. IV.

(41) Civil Code of Quebec, l. II, t. I, art. 521 ss.

(42) Si veda sul punto MOUSTARA, *National Report, Greece*, in CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes matrimoniaux*, cit.

stenza di una *Wohn-Wirtschafts-und Geschlechtsgemeinschaft* (43) e la *Österreichische Notariatskammer* abbia effettuato, nel 2001, una proposta (44) in ordine all'istituzione di un registro dei partenariati, accessibili a tutte le coppie. È tuttavia ammessa la possibilità di concludere contratti di convivenza (*Partnerschaftsverträge*), anche se limitatamente ad alcuni aspetti, quali il diritto di abitazione nella casa comune, gli alimenti, ecc. (45).

In Irlanda, ove la Costituzione tutela la famiglia tradizionale fondata sul matrimonio (art. 41), solo alcuni diritti vengono riconosciuti ai conviventi in via giurisprudenziale (46).

Anche in Italia, d'altra parte, non è data alcuna disciplina delle unioni civili, pur essendo da tempo in corso un'evoluzione giurisprudenziale rivolta a definirne presupposti ed effetti (47).

Sulla base della qualificazione della convivenza come istituto che presuppone, analogamente alla famiglia, vincoli di fedeltà, coabitazione, assistenza e reciproca contribuzione ai bisogni economici, doveri di mantenimento, educazione e istruzione nei confronti dei figli (48), la giurisprudenza italiana è così giunta ad equi-

(43) OGH, 23 novembre 1988, in *Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen*, 1989, p. 59 ss.

(44) Consultabile all'indirizzo: <http://www.notar.at>.

(45) Si veda sul punto RECHBERGER, *National Report, Austria*, in CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes matrimoniaux*, cit.

(46) Si veda sul punto MARTIN, *National Report, Ireland*, in CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes matrimoniaux*, cit., p. 44 ss.

(47) Ciò, pur essendo stati disposti da parte di numerosi comuni i registri delle unioni civili, che tuttavia non determinano né il riconoscimento giuridico dell'unione né la costituzione di *status* in capo ai soggetti coinvolti, ma hanno come unico obiettivo l'estensione dei benefici previsti dalla comunità locale per le unioni fondate sul matrimonio. Sul punto si veda ROMBOLI, ROSSI E., *I registri comunali delle unioni civili e i loro censori, nota a Tar Toscana, sez. I, 9 febbraio 1996*, in *Foro it.*, 1996, III, c. 525. Nello stesso senso è possibile inoltre leggere le recenti affermazioni favorevoli alle unioni civili, previste da alcuni Statuti regionali, quale ad es. quello della regione Calabria del 6 luglio 2004, della regione Toscana, del 19 luglio 2004, della regione umbria del 2 settembre 2004, e della regione Emilia Romagna del 14 settembre 2004, sui quali si veda *amplius* BOSCHIERO, *Les couples homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. int.*, 2006, par. 1.

(48) Cass., 23 aprile 1966, n. 1041, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, p. 67 ss. per la de-

parare, per certi aspetti, la posizione dei conviventi a quella dei coniugi (49). In particolare, si è affermata, da un lato, la necessità di tutelare insopprimibili valori ed esigenze esistenziali della persona (così ad es. per le regole proprie della responsabilità civile, del diritto del lavoro, delle locazioni, ecc.), dall'altro, l'analogia con la disciplina della famiglia legittima (ad es. art. 317-*bis* c.c.; d.p.r. 30 maggio 1989, n. 223 sugli adempimenti anagrafici; art. 3, l. 20 febbraio 1950, n. 64 e d.p.r. 30 giugno 1975, n. 1124 in materia di infortuni sul lavoro; l. 4 aprile 1952, n. 218 relativa alle pensioni di reversibilità; art. 30, l. 26 luglio 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario; art. 1, l. 29 luglio 1975, n. 405 sui consultori familiari; l. 5 aprile 2001, n. 154, Misure contro la violenza nelle relazioni familiari) (50).

Nell'ordinamento italiano, pare pertanto delinearsi un doppio percorso, tracciato sulla scorta dei principi elaborati dalla Corte costituzionale: la garanzia della « convivenza del nucleo familiare si radica nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla fa-

finizione della « (...) consuetudine di vita comune fra due persone di sesso diverso che abbia il requisito subiettivo del trattamento reciproco di persone analogo, per contenuto e forma, a quello normalmente nascente dal vincolo coniugale e che abbia, altresì, il requisito oggettivo della notorietà esterna del rapporto stesso quale rapporto coniugale, intesa non in senso assoluto, ma in relazione alle condizioni sociali e al cerchio dei conviventi, anche se sempre con un certo carattere di stabilità ».

(49) Cass., 8 febbraio 1977, n. 556, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2268 ss.; Corte cost., 6 luglio 1994, n. 281, in *Giur. cost.*, 1994, I, p. 2484 ss.

(50) Si veda sul punto ad es. App. Milano, 16 novembre 1993, in *Foro it.*, 1994, cc. 3212-3214; App. Milano, 4 dicembre 1995, in *Fam. dir.*, 1996, p. 247, con nota MORETTI; Trib. Milano, 23 gennaio 1997, *ivi*, 1997, pp. 560-563, con nota CARBONE; Trib. Minorenni Perugia, 16 gennaio 1998, *ivi*, 1998, p. 376 con nota DE SCRILLI; Cass., 4 aprile 1998, n. 3053, in *Giur. it.*, 1999, p. 1609 ss.; Trib. Palermo, 3 settembre 1999, in *Fam. dir.*, 2000, p. 284-286, con nota FERRANDO; Trib. Firenze, 7 luglio 2005, non pubblicata. Per le convivenze delle coppie omosessuali, non esiste ancora, invece, alcun tipo di riconoscimento, nonostante le numerose proposte presentate a far data dal 1996. Su di esse BENEDETTI, *Le proposte di legge italiane in materia di convivenza*, in BRUNETTA D'USSEAU, D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimoni*, Milano, 2000, p. 209 ss.), se non quello sotteso ai provvedimenti amministrativi di assegnazione di alloggi di civile abitazione. Si veda in generale sul punto BOSCHIERO, *Les couples*, cit., par. 6.

miglia, e in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori » (51), e, dall'altro, la disciplina delle unioni civili appare funzionale al diritto/dovere di mantenere, istruire ed educare ed i figli, nonché al diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune, in quanto diritti fondamentali della persona da riconoscersi generalmente a cittadini e stranieri (52). Si è così giunti all'affermazione di diritti fondamentali da attribuirsi ai membri della convivenza, senza tuttavia ricondurre tale affermazione alla costituzione di uno *status*.

A tale riguardo, appare infatti abbastanza netta l'affermazione della Corte costituzionale in ordine alla difficoltà di equiparare lo *status* di convivente a quello di coniuge, nell'ordinanza in cui si è dichiarata l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale proposta con riguardo all'art. 17, comma 2, lett. c) della l. 6 marzo 1998, n. 40 (Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), dal momento che « (...) la previsione del divieto di espulsione solo per lo straniero coniugato con un cittadino italiano e per lo straniero convivente con cittadini che siano con lo stesso in rapporto di parentela entro il quarto grado risponde all'esigenza di tutelare, da un lato l'unità della famiglia, dall'altro il vincolo parentale e riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici invece assente nella convivenza *more uxorio* » (53). Di conseguenza, il riconoscimento di alcuni diritti ai conviventi appare ancora subordinato ad una valutazione discrezionale che rimette alla giurisprudenza la determinazione della situazione di « certezza di rapporti giuridici » indi-

(51) Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 28, in *Riv. dir. int.*, 1995, p. 231 ss.

(52) Corte cost., 26 gennaio 1997, n. 203, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 846 ss. Nel caso di specie, concernente la situazione di uno straniero (non comunitario), privo di altro titolo di soggiorno in Italia, che aspirava al ricongiungimento con un figlio minore, nell'ambito di una convivenza con l'altro genitore, legalmente residente in Italia, la Corte ha qualificato il diritto al ricongiungimento quale diritto fondamentale e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa interna che non assicurava la riunificazione del nucleo.

(53) Corte cost., ord. 20 luglio 2000, n. 313, in *Foro it.*, 2002, I, c. 355.

cata dalla Corte costituzionale quale presupposto per il riconoscimento dei diritti medesimi (54).

4. *Posizione del problema della disciplina delle unioni civili nel diritto internazionale privato.*

Alle differenti soluzioni offerte dagli ordinamenti in tema di istituti di convivenza, si collega poi la questione della regolamentazione di conflitto degli stessi, dal momento che sempre più frequente è la vita di relazione tra individui la cui condizione personale è collegata a ordinamenti recanti diverse regolamentazioni.

Diversi sono inoltre gli approcci sino ad ora seguiti in ordine alla disciplina degli istituti della convivenza nel diritto internazionale privato (55): assenza di regole codificate e ricerca interpretativa delle stesse, come ad es. in Grecia (56), in Austria (57), in Portogallo (58) e in Italia (59); assenza di regole codificate e negazione

(54) Si veda in tal senso: Cass., 12 febbraio 2004, n. 2685, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 461 ss.; Cass., 24 febbraio 2004, n. 3622, *ivi*, p. 463 ss.: in entrambi i casi si è negata la possibilità di equiparare « famiglia legittima e famiglia di fatto » in una materia sottoposta a norme di ordine pubblico, come quella dell'immigrazione clandestina.

(55) Sul punto si veda in generale SARCEVIČ, *Private International Law Aspects of Legally Regulated Forms of Non-Marital Cohabitation and Registered Partnerships*, in *YPIL*, 1999, p. 44 ss.; JESSURUN D'OLIVEIRA, *Registered Partnerships, Pacses and Private International Law. Some reflections*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2000, p. 297 ss.; FULCHIRON, *Réflexions sur les unions*, cit., p. 889 ss.; KHAIRALIAH, *Les « partenariats organisés » en droit international privé*, in *Clunet*, 2000, p. 317 ss.; ROSSOLILLO, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 363 ss.; SIEHR, *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, in *Actes de la XVIe Journée de droit international privé du 5 mars 2004 à Losanne, Zürich*, 2004; BUCHER, *Le couple en droit international privé*, cit.

(56) MOUSTARA, *National Report*, cit., p. 35.

(57) RECHBERGER, *National Report*, cit., p. 49 ss.

(58) FRADA DE SOUSA, *Portugal, Rapport National*, in *CONSORTIUM ASSER - UCL, Étude sur les régimes matrimoniaux*, cit., p. 64 ss.

(59) Non essendo previste norme concernenti la disciplina di conflitto delle unioni civili nel sistema italiano di diritto internazionale privato, di cui alla l. 31 mag-

di ogni possibile riconoscimento agli istituti della convivenza tramite la clausola di ordine pubblico, come in Irlanda (60); previsione di disposizioni di conflitto specificamente rivolte a regolare alcuni aspetti connessi agli accordi di convivenza, come nel sistema olandese (61), in quello del Regno Unito (62) e, seppure con diverse incertezze, nell'elaborazione della dottrina francese quanto ai *pacs* (63); codificazione di regole generali, relative all'individua-

gio 1995, n. 218, in *G.U.* 3 giugno 1995, n. 128 suppl. n. 68, la ricerca delle medesime pare per ora condotta esclusivamente a livello dottrinale. Si veda in particolare sul punto: ROSSOLILLO, *Registered partnerships*, cit., p. 363 ss.; CALÒ, *Le convivenze registrate in Europa. Verso un secondo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2000; BOSCHIERO, *Les couples*, cit., par. 7.

(60) MARTIN, *National Report*, cit., p. 53 ss. L'autore sviluppa l'analogia tra il matrimonio poligamico e gli istituti della convivenza per affermare la negazione di ogni riconoscimento ai secondi sulla base delle stesse argomentazioni che consentono di escludere il riconoscimento del primo, e di conseguenza l'inutilità delle regole di diritto internazionale privato e processuale in materia.

(61) Si veda, a tale riguardo, la *Loi sur les conflits de lois en matière de partenariat enregistré*, *Loi du 6 juillet 2004* (Stb 2004, 324), consultabile all'indirizzo: <http://www.perso.orange.fr/ciec-sg/Legislationpdf>, ove si distingue tra convivenze registrate concluse all'interno dei Paesi Bassi (cap. 1) e convivenze concluse all'estero (cap. 2), stabilendo la legge applicabile in ordine ai singoli aspetti (personali, patrimoniali, estinzione del rapporto, ecc.), nonché il riconoscimento per la seconda categoria di convivenze. Al fine di evitare che alle unioni registrate in Olanda venga applicata da parte del giudice olandese una legge straniera che non conosce l'istituto in questione, la legge olandese del 2004 sottopone quasi integralmente la disciplina delle *partnerships* registrate nei Paesi Bassi al diritto olandese, richiamandolo sia in ordine alla regolamentazione della capacità dei *partners* a concludere tali unioni (art. 1), sia relativamente ai rapporti personali tra i *partners* (art. 5, comma 1). Per i rapporti patrimoniali tra i *partners*, si stabilisce poi il funzionamento dell'*electio iuris*, purché essa giunga ad individuare la legge di uno Stato che prevede l'istituto dell'unione registrata (art. 6). In caso contrario, come in assenza di *electio iuris*, una norma unilaterale prevede il richiamo della legge olandese (art. 7). Infine la legge del 2004 dispone che la legge olandese si applichi anche allo scioglimento delle *partnerships* registrate in Olanda (art. 22). Per le unioni registrate all'estero, si richiama, quanto agli effetti personali, il criterio di collegamento del *locus celebrationis*, facendo riferimento alla legge dello Stato di registrazione dell'unione (art. 5, comma 2).

(62) Si veda in tal senso il Ch. 3 del *Civil Partnership Act 2004*, e, in particolare, l'art. 219 e il riferimento, ivi operato, al regolamento CE 2201/2003 in tema di giurisdizione, sul quale si ritornerà *infra* al par. 2 del cap. III.

(63) Si veda in generale sul punto FULCHIRON, *Réflexions sur les unions*, cit., p. 902 ss.; KESSLER, *Les partenariats enregistrés*, cit., p. 105 ss., che propone il collega-

zione della legge applicabile agli accordi di convivenza, e al riconoscimento delle convivenze registrate all'estero, come recentemente avvenuto nel sistema di conflitto belga (64), in quello tedesco (65)

mento del luogo di registrazione. Nello stesso senso, si veda inoltre il rapporto del gruppo di lavoro incaricato dal Ministero della giustizia nel 2004: *Le pacte civil de solidarité, réflexions et propositions de réforme, Rapport remis à Monsieur Dominique Perben, Garde de Sceaux, Ministre de la Justice, 30 novembre 2004*, consultabile all'indirizzo <http://www.justice.gouv.fr>. Tale rapporto pare preferire il collegamento del luogo di registrazione, in quanto svincolato sia dalla qualificazione contrattuale del pacs, sia dalla qualificazione familiare del medesimo istituto.

(64) La *Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé*, in *Revue@dipr.be*, 2004, 4, prevede infatti disposizioni specifiche in tema di legge applicabile alla *relation de vie commune* (artt. 58-60). La *ratio* della disciplina di conflitto belga delle *relations de vie commune* è chiarita dalla *Circulaire du 23 septembre 2004 relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé concernant lo statut personnel*, consultabile all'indirizzo; <http://www.notaire.be>: « (...) *L'assimilation d'une relation de vie commun au mariage a des conséquences importantes en ce qui concerne la reconnaissance de cette relation, les effets sur la personne et le patrimoine ainsi que sur les conditions et les moyens de cessation de la relation. Il faut veiller (autant que possible) à n'attribuer à la relation aucun effet non — désiré par le législateur étranger (et qu'il ne reconnaîtra pas non plus) ou par les intéressés lors de l'établissement de la relation* ». Di conseguenza è chiaro che mentre agli istituti della convivenza assimilabili al matrimonio si applicano, per analogia, le norme di conflitto relative a quest'ultimo, per le altre tipologie di convivenza si deve invece far riferimento alla legge del luogo di costituzione. Quanto alla giurisdizione, occorre distinguere tra lo scioglimento delle unioni registrate, per il quale le autorità belghe avranno competenza solo qualora si tratti di unioni registrate in Belgio secondo la *lex fori*, e le altre questioni concernenti tali unioni, per le quali vi è invece un'ampia affermazione di competenza.

(65) L'art. 17*b* dell'EGBGB, come modificato dalla l. 16 febbraio 2001 — originariamente art. 17*a* EGBGB — e dalla l. 11 dicembre 2001, dispone infatti la generale applicabilità del criterio del *locus celebrationis* per determinare la disciplina di tutte le *partnerships*, indipendentemente dal fatto che esse siano registrate in Germania o all'estero; in particolare tale norma sottopone alla legge del luogo di registrazione la costituzione, gli effetti personali e patrimoniali e lo scioglimento dell'unione registrata. La legge del luogo di registrazione viene poi in rilievo, nell'ambito dell'art. 17*b*, comma 1, II frase, EGBGB, qualora la legge individuata dalle norme di conflitto comuni non preveda alimenti o diritti successori in relazione alle unioni registrate. In tema di giurisdizione, si prevede inoltre una modifica dell'art. 661 della ZPO: accanto ai criteri generali in base ai quali i tribunali tedeschi sono sempre competenti in relazione alle *partnerships* registrate in Germania e in ordine a quelle registrate all'estero, quando almeno uno dei due *partners* abbia la residenza abituale in Germania, si dispone l'inapplicabilità alle unioni registrate della regola secondo la quale in materia di divorzio i tribunali tedeschi non sono competenti se la sentenza da essi pronunciata

e in quello svizzero (66); operatività delle regole di diritto internazionale privato concernenti la disciplina del matrimonio, con alcune eccezioni rappresentate da norme unilaterali (67).

non può essere riconosciuta dai tribunali dello Stato al quale almeno uno dei coniugi appartiene. Ciò al fine di evitare che l'assenza di riconoscimento all'estero delle unioni registrate possa limitare in qualche modo la giurisdizione tedesca. Relativamente al riconoscimento degli effetti delle unioni registrate, l'art. 17*b*, comma 3, EGBGB dispone che se due persone sono legate da più unioni registrate in Stati differenti è quella registrata per ultima a produrre effetti nell'ordinamento tedesco. Su tale disposizione, si veda WAGNER, *Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, in IPRax, 2001, pp. 281-293; GEBAUER, STAUDINGER, *Registrierte Lebenspartnerschaften und die Kappingsregel des Art. 17b Abs. 4 EGBGB*, in IPRax, 2002, pp. 275-282. In materia, si veda inoltre: RÖTHEL, *Registrierte Partnerschaften im internationalen Privatrecht*, in IPRax, 2000, pp. 74-79; COESTER-WALTJEN, COESTER, *National Report, Germany*, in CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes matrimoniaux*, cit., p. 42 ss.

(66) La legge federale svizzera del 18 giugno 2004 sull'unione domestica registrata di coppie omosessuali, cit., apporta infatti numerose modifiche alla legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato, introducendo, come si è detto, all'art. 65a il richiamo per analogia del capitolo 3 della legge. Qualora l'ordinamento così individuato non preveda norme concernenti l'unione domestica registrata, l'art. 65c stabilisce l'applicazione del diritto svizzero (fatto salvo l'art. 49), ed introduce una limitata facoltà di scelta dei conviventi (diritto del luogo di registrazione dell'unione). Quanto alla giurisdizione, la legge svizzera di diritto internazionale privato, come modificata dalla riforma ora in esame, prevede che « se i *partners* non sono domiciliati in Svizzera e nessuno di loro è cittadino svizzero, per le azioni o le istanze concernenti lo scioglimento dell'unione domestica registrata sono competenti i tribunali svizzeri del luogo di registrazione, sempreché sia possibile proporre l'azione o l'istanza nel domicilio di uno dei *partners* o non lo si possa ragionevolmente pretendere » (art. 65b). Infine la regolamentazione di diritto internazionale privato e processuale è completata dalle disposizioni concernenti il riconoscimento delle decisioni straniere (art. 65d), nonché dalla norma che consente di riconoscere in Svizzera il matrimonio celebrato validamente all'estero tra persone dello stesso sesso come unione domestica registrata (art. 45, cpv. 3).

(67) Si tratta del modello di regolamentazione internazionalprivatistica seguito dai paesi scandinavi: nella l. danese 1° giugno 1989, infatti, la sez. 2 richiama in generale la legge sul matrimonio, prevedendo però quale condizione per la registrazione della convivenza la residenza o la nazionalità in Danimarca di una delle parti; nella sez. 9 della l. svedese del 23 giugno 1994 si fa espresso riferimento alle sezioni 4-9 della legge sul matrimonio e la tutela, ad eccezione delle condizioni richieste ai fini della registrazione della convivenza (cittadinanza o domicilio in Svezia), secondo quanto dispone la sez. 2 della stessa legge; nella sez. 2 della l. norvegese 1992-1993 si richiamano i cap. 1 e 2 della legge sul matrimonio, stabilendo però, per la registrazione della convivenza le condizioni del domicilio e della cittadinanza norvegesi; in-

5. *Qualificazione delle unioni civili. Ambito dell'indagine.*

Elemento comune ai differenti approcci, rivolti ad individuare le soluzioni per la disciplina internazionalprivatistica delle unioni civili, è la centralità del problema di qualificazione, senza la soluzione del quale non è possibile determinare tale disciplina.

Le differenti tipologie di convivenza appena ricordate impediscono di delineare una nozione unitaria degli istituti che regolano le diverse forme di convivenza nell'ambito dei singoli sistemi giuridici. Tale circostanza, unitamente all'assenza di una disciplina uniforme, attualmente allo studio della Conferenza di diritto internazionale privato dell'Aja (68), rende più difficile l'operazione di qualificazione che il giudice adito deve compiere nell'esaminare una controversia sorta riguardo alle unioni civili. Si tratta infatti di interpretare le espressioni relative alle categorie di situazioni oggetto della norma di conflitto, al fine di determinare la legge applicabile al caso di specie (69).

fine, nelle sezioni 2-3 della l. islandese del 12 giugno 1996, si fa espresso rinvio alla legge sul matrimonio, ponendo però le condizioni della cittadinanza o del domicilio islandesi per la registrazione della convivenza.

(68) *Aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage et des partenariats enregistrés, Note établie par le Bureau Permanent, Conférence de La Haye de droit international privé, doc. prél. n. 9, mai 2000.*

(69) Sulla qualificazione, si veda in generale: KAHN, *Gesetzeskollisionen*, in *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, München-Leipzig, 1928, pp. 1-123, p. 105 ss.; BARTIN, *Principes de droit international privé*, Paris, 1930, vol. I, p. 221 ss.; RABEL, *Il problema della qualificazione*, cit., pp. 97-156, pp. 145-146; ID., *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, Ann Arbor, Chicago, 1945, vol. I, vol. I, pp. 42-67, e soprattutto pp. 64-67; 1947, vol. II, pp. 294-295; 1950, vol. III, pp. 475-524; RIGAUX, *La Théorie des Qualifications en droit international privé*, Paris, 1956, p. 17 s.; AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 138 ss.; ID., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milano, 1955, p. 74 ss.; CANSACCHI, *Scelta e adattamento della norma straniera richiamata*, Torino, 1939, p. 26; ID., *Qualificazione di fatti o qualificazione di norme?*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, pp. 58-68; WENGLER, *Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht*, in *Festschrift für Wolff*, Tübingen, 1952, pp. 337-374; ID., *Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé*, in *Revue critique*, 1954, pp. 661-691; ZICCARDI, *Oggetto delle qualificazioni e funzione dei criteri di collegamento*, in *CS*, VII, 1955, pp. 367-435, p. 399; LOUIS-LUCAS, *Qualification et répartition*, in *Revue critique*, 1957, pp. 153-183; MAKAROV, *Theo-*

Tale problema appare di ancor più difficile soluzione dal punto di vista del sistema giuridico italiano, ove manca il riferimento dato dalla regolamentazione materiale di tali istituti; è possibile tuttavia che la proposta di alcune soluzioni, richieste dal confronto con gli ordinamenti in conflitto, ed individuate all'esito della presente ricerca, stimoli in qualche modo la codificazione di una organica disciplina materiale.

Come si vedrà, infatti, molti sono gli interrogativi da risolvere, perché molteplici sono i casi che possono porsi in questa materia. Le soluzioni nel quadro del sistema italiano di diritto internazionale privato appaiono tuttavia suscettibili di individuarsi secondo due possibilità.

Da un lato, è possibile osservare che la decisione di intraprendere una convivenza configura una relazione che influisce sullo *status* dei soggetti che la pongono in essere, indipendentemente dalle condizioni sessuali, religiose, sociali, ecc., in cui essi si vengano a trovare, dal momento che, come noto, lo statuto personale riguarda lo « stato delle persone », ovvero non solo lo stato civile, ma anche le relazioni familiari degli individui (70). Pertanto la classificazione propria della giurisprudenza italiana del diritto di costituire una famiglia, anche di fatto, nell'ambito dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti dall'art. 2 Cost., in quanto esplicazione della personalità

rie und Praxis der Qualifikation, in *Vom deutschen zum europäischen Recht*, Festschrift für Dölle, Tübingen, 1963, vol. II, p. 148 ss.; SPERDUTI, *Le qualificazioni in diritto internazionale privato*, in *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milano, 1967, pp. 5-37; FRANCESCAKIS, *Conflits de Lois (principes généraux)*, in *Répertoire de droit international*, Dalloz, Paris, 1968, vol. I, pp. 470-497; WEBER, *Die Theorie der Qualifikation*, Tübingen, 1986, p. 15 ss.; LEHMANN, *Les Qualifications*, in *Juris - Classeur de droit international*, Paris, 1988, fasc. 531, pp. 1-34; QUADRI, *Analyse critique du problème des qualifications*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1988, p. 481 ss.; BERNASCONI, *Der Qualifikationsprozess im Internationalen Privatrecht*, Zürich, 1997, p. 84 ss.; LIPSTEIN, *Characterization*, in *Int. Enc. Comp. Law*, III, *Private International Law*, 5, 1999, pp. 3-35, p. 22.

(70) Cfr. nello stesso senso GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple*, cit., p. 166.

individuale (71), non può non ricondurre la regolamentazione internazionaleprivatistica dei presupposti delle unioni civili, alla disciplina dei diritti della personalità.

Relativamente all'attuazione del diritto a porre in essere tali unioni, spesso formalizzato tramite accordi, si pongono però, come si vedrà (72), alcune difficoltà, in ragione della riconducibilità degli strumenti attraverso i quali esso si esplica, negli ordinamenti che li disciplinano, all'ampia categoria dell'autonomia negoziale.

Le norme straniere rilevanti devono essere applicate seguendo i principi propri dell'ordinamento cui esse appartengono, secondo le indicazioni dell'art. 15 della legge italiana di diritto internazionale privato (73). In questo modo si rispetta, infatti, la funzione di coordinamento con i valori giuridici esterni all'ordinamento del foro che il legislatore generalmente assegna alle norme di conflitto, ritenendo che se il diritto straniero è considerato competente a regolare una fattispecie, allora esso deve essere applicato nel suo complesso, indipendentemente dal fatto che contenga qualificazioni differenti da quelle della *lex fori*.

Nell'ambito di tale approccio, la classificazione delle questioni concernenti le unioni civili entro l'ordinamento straniero chiamato a disciplinarle (*lex causae*), eventualmente diversa da quella accoglibile nel nostro sistema, rileva così sia al fine dell'individuazione delle disposizioni materiali ad esse applicabili, sia per il funzionamento delle sue norme di diritto internazionale privato. Se la prima

(71) Per tale classificazione, seguita dalla giurisprudenza italiana, si veda App. Milano, 16 novembre 1993, cit., p. 3212 ss.; App. Milano, 4 dicembre 1995, cit., p. 247; Trib. Milano, 23 gennaio 1997, cit., p. 560 ss.; Trib. Minorenni Perugia, 16 gennaio 1998, cit., p. 376; Trib. Palermo, 3 settembre 1999, cit., p. 284 ss.

(72) Nella II sezione del IV capitolo.

(73) Sull'art. 15 si veda in generale CARBONE S.M., *Art. 15*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, a cura di POCAR, Padova, 1996, p. 72 ss.; BOSCHIERO, *Art. 15*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, a cura di BARIATTI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1043 ss.; CONETTI, *Art. 15*, in *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano, Legge 11 maggio 1995, n. 218*, di CONETTI, TONOLO, VISMARA, Torino, 2001, p. 49 ss.

conseguenza di tale seconda qualificazione (determinazione della disciplina materiale degli accordi di convivenza) non pone particolari difficoltà all'interprete, più complessa pare invece la seconda conseguenza, ovvero l'incidenza della qualificazione straniera sul funzionamento delle norme di diritto internazionale privato dell'ordinamento in cui essa viene effettuata.

Significativo è, a tale riguardo, l'orientamento della giurisprudenza francese, secondo la quale, nell'impossibilità di tratteggiare una disciplina unitaria della materia delle unioni di fatto, è preferibile sottoporre tali fattispecie alle norme previste per la situazione cui si ricollegano in relazione alle circostanze del singolo caso di specie: ad es. norme in tema di responsabilità non contrattuale per l'interruzione della convivenza, disposizioni contrattuali per la disciplina degli interessi comuni (74).

Dall'altro lato, è possibile superare l'assenza di riferimenti utili alla qualificazione delle unioni civili secondo la *lex fori*, tramite il metodo dell'analisi comparata degli ordinamenti in conflitto, risalente, come noto, all'elaborazione di Rabel (75). Partendo dal presupposto secondo il quale le norme di diritto internazionale privato hanno per oggetto « situazioni di fatto in senso astratto » (*abstrakter Tatbestand*), cui si ricollega la « conseguenza di diritto » (*Rechtsfolge*), consistente nel comando di applicare una determinata legislazione, la qualificazione diventa una questione di interpretazione della norma di conflitto. Si tratta cioè di vedere se l'espressione che costituisce l'oggetto dei criteri di collegamento ha lo stesso significato di un termine analogamente impiegato dall'ordinamento del foro o da un sistema giuridico straniero. L'individuazione delle regole materialmente applicabili e suscettibili di far produrre alla situazione di fatto l'effetto giuridico desiderato avverrà

(74) Si veda in tal senso Tribunal de grande instance Paris, 21 novembre 1983, cit., p. 628 ss.

(75) RABEL, *Il problema della qualificazione*, cit., pp. 97-156, pp. 145-146; ID., *The Conflict of Laws*, cit., vol. I, pp. 42-67, e soprattutto pp. 64-67; 1947, vol. II, pp. 294-295; 1950, vol. III, pp. 475-524.

poi nell'ambito di un'operazione successiva e distinta, entro l'ordinamento richiamato.

Diventa dunque di fondamentale importanza, nella qualificazione fondata sulla valutazione comparata degli ordinamenti in conflitto, la determinazione dell'obiettivo delle norme di conflitto, dal momento che queste ultime si applicano a fattispecie straniere che risultano intrinsecamente omogenee con i rapporti giuridici per i quali quelle regole sono state create dal legislatore nazionale. Ad es., relativamente all'interpretazione delle materie regolate dall'art. 23 EGBGB (concernente la tutela e la curatela degli stranieri in Germania, anteriormente alla riforma del diritto internazionale privato tedesco del 1986), Rabel puntualizza che con il termine tutela non si intende fare riferimento al complesso ben determinato delle norme giuridiche stabilite dal BGB per tale istituto, ma più in generale a ciò che per tutela intende « il mondo civile », e precisamente tutti gli istituti giuridici destinati a regolare la rappresentanza o la protezione di quelle persone, non pienamente capaci, che non si trovano sotto la potestà dei genitori (76).

Si delinea così la c.d. « autonomia dei concetti di diritto internazionale privato » (77), e cioè la loro indipendenza dal sistema giuridico del foro, che non significa sottrazione a qualsiasi regolamentazione giuridica positiva, ma piuttosto possibilità di « abbracciare i fenomeni giuridici di tutto il mondo simili e dissimili », attraverso la scienza giuridica del diritto comparato che costituisce appunto « la mediatrice fra i sistemi giuridici dei popoli » (78).

Relativamente alle unioni civili, il metodo in esame potrebbe dunque determinare interessanti applicazioni, proprio perché svincolato dall'indicazione delle norme cui il giudice deve rivolgersi per compiere la qualificazione delle fattispecie controverse, circostanza,

(76) RABEL, *The Conflict of Laws*, cit., 1945, vol. I, p. 45.

(77) RABEL, *Il problema della qualificazione*, cit., p. 101.

(78) RABEL, *Il problema della qualificazione*, cit., p. 156; ID., *The Conflict of Laws*, cit., 1945, vol. I, p. 60.

quest'ultima, spesso addotta come critica al metodo in esame (79). In linea generale, anche se su questo limite la dottrina si è a lungo soffermata, enucleando complicate elaborazioni rivolte a superarlo (80), tale aspetto appare difficilmente contestabile, in considerazione del principio fondamentale, secondo cui « ogni diritto deve essere inteso nella sua completezza come un tutto unico e inscindibile » (81). Inoltre, la definizione autonoma dei concetti di diritto internazionale privato appare difficile da realizzare nell'ambito dell'interpretazione dottrina o giurisprudenziale nazionale, come conferma il fatto che gli esempi addotti da Rabel per spiegarne il metodo risultano una trasposizione molto evidente dei concetti appartenenti al diritto internazionale privato tedesco (82).

Ciò non esclude tuttavia che il metodo dell'analisi comparata degli ordinamenti in conflitto possa funzionare in alcuni casi particolari, ad esempio per le materie regolate dalle convenzioni internazionali (83), per la definizione del significato di termini e concetti

(79) RIGAUX, *La Théorie des Qualifications*, cit., p. 151 ss.; MERIGGI, *Saggio critico sulle qualificazioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1932, pp. 189-312.

(80) MERIGGI, *Saggio critico sulle qualificazioni*, cit., pp. 267-268, ove si afferma la necessità di selezionare non tanto le norme giuridiche straniere competenti, ma le questioni da esse decise sulla base del presupposto della norma di conflitto che va a sua volta confrontato nel rapporto tra gli ordinamenti in conflitto. Nella dottrina angloamericana un tentativo di definire il problema della qualificazione sulla base del diritto comparato è stato posto in essere da BECKETT, *The Question of Classification*, (« *Qualification* ») in *Private International Law*, in *BYIL*, 1934, pp. 46-77. Nella dottrina francese, si veda l'applicazione della teoria di Rabel ad opera di WIGNY, *Remarques sur le problème des qualifications*, in *Revue critique*, 1936, pp. 392-429.

(81) KAHN, *Gesetzeskollisionen*, cit., p. 105.

(82) LEWALD, *Règles générales des conflits de lois*, *Contribution à la technique du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1939 - III (69), pp. 77-78; MAURY, *Règles générales des conflits de lois*, *ivi*, 1936 - III (57), p. 474; RIGAUX, *La Théorie des Qualifications*, cit., p. 154 ss.

(83) È infatti generalmente riconosciuto che dall'obbligo di uniforme applicazione dei trattati internazionali discenda un divieto di interpretazioni unilateralistiche e siano dunque preferibili qualificazioni autonome, o internazionali, salvo espresse previsioni convenzionali. Si veda in generale sul punto: BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, p. 267 ss.

contenuti negli atti comunitari (84), o per le materie, come appunto le unioni civili in cui manca sia la regolamentazione materiale sia la disciplina di conflitto nazionale. Tale pare essere infatti il suggerimento sotteso alle discipline di conflitto previste entro alcuni ordinamenti giuridici (art. 17b EGBGB, artt. 58-60 legge belga di diritto internazionale privato); secondo tale metodo, pare inoltre rilevante il collegamento tra le unioni civili e il diritto fondamentale del singolo ad intrattenere relazioni interpersonali, quanto ai presupposti degli istituti in esame, rimanendo invece aperta la qualificazione dell'attuazione degli stessi, essendo allo stato presenti profonde differenze tra i sistemi giuridici che pur contengono discipline di tali fattispecie.

Infine pare opportuno chiarire che la ricerca sarà necessariamente limitata, per la coerenza della prospettiva rivolta ai problemi di qualificazione posti da unioni registrate e accordi di convivenza,

(84) Come noto, tale metodo è stato applicato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee a partire dal caso *Tessili*, allo scopo di garantire che le norme comunitarie siano applicate in maniera uniforme e in modo tale da raggiungere il loro scopo ed effetto utile: Corte giust. CE, 6 ottobre 1976, in causa 12/76, *Tessili c. Dunlop*, in *Raccolta*, 1976, p. 1473 ss., par. 10; Corte giust. CE, 19 gennaio 1993, in causa C-89/91, *Shearson Lehman Hutton c. TVB*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 139 ss., par. 13; Corte giust. CE, 9 gennaio 1997, in causa C-383/95, *Rutten c. Cross Medical*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 57 ss., par. 12; Corte giust. CE, 3 luglio 1997, in causa C-269/95, *Benincasa c. Dentalkit*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3767 ss., par. 12; Corte giust. CE, 20 gennaio 2005, in causa C-27/02, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 481 ss., par. 33. Come alternative al metodo appena considerato, è possibile ricordare il riferimento alle norme interne, sia esso da intendersi in maniera diretta o con riguardo al diritto internazionale privato del giudice adito: Corte giust. CE, 7 giugno 1984, in causa 129/83, *Zelger c. Salinitri*, in *Raccolta*, 1984, p. 2397 ss.; Corte giust. CE, 2 luglio 1985, in causa 148/84, *Deutsche Genossenschaftsbank c. Brasserie du Pêcheur*, in *Raccolta*, 1985, p. 1981 ss. Sul punto si veda in generale LENAERTS, *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2001, p. 487 ss.; ID., *Interlocking Legal Orders or the European Union Variant of « E Pluribus Unum »*, in NAFZIGER, SYMEONIDES (eds), *Law and Justice in a Multistate World. Essays in Honour of Arthur T. von Mehren*, New York, 2002, p. 751 ss.; AUDIT, *L'interprétation autonome du droit international privé*, in *Clunet*, 2004, p. 789 ss.; BENEDETTELLI, *Connecting factors, principles of coordination between conflict systems, criteria of applicability: three different notions for a « European Community Private International Law »*, in *Dir. UE.*, 2005, p. 421 ss.

a tale ambito, escludendo pertanto sia le unioni di fatto, per l'irrelevanza del problema di qualificazione concernente tali fattispecie ai fini della determinazione della disciplina di conflitto, sia i matrimoni omosessuali, per i quali non si può nemmeno prospettare un problema di qualificazione, alla luce della chiara classificazione agli stessi riservata entro gli ordinamenti che li prevedono (85).

In particolare, quanto ai matrimoni tra persone dello stesso sesso, recentemente introdotti entro alcuni ordinamenti, quali ad es., in Europa, quello dei Paesi Bassi, e del Belgio, che hanno previsto tale opzione rispettivamente con l. 21 dicembre 2000 (86), e con l. 13 febbraio 2003 (87), nonché della Spagna, ove sono state modificate le disposizioni del Código civil concernenti il matrimonio (artt. 44 e ss.) con la l. n. 13 del 1° luglio 2005 (88), mette conto

(85) Si veda in tal senso la *Réponse* del Ministro della Giustizia francese alla *Question* n. 41533, in *JO*, 26 luglio 2005, p. 7477, e in *Clunet*, 2006, p. 509, che, relativamente agli effetti in Francia dei matrimoni omosessuali celebrati nei paesi i cui ordinamenti li regolano, afferma che non vi può essere automatico riconoscimento se non entro i limiti posti dal gioco delle norme di conflitto, e, nel caso di specie, se tali istituti non risultano ammessi dalle leggi nazionali dei nubendi, poiché: « (...) *au sein de l'Union européenne le droit de mariage reste entièrement régi par les lois nationales* ». Nello stesso senso, si veda inoltre la *Réponse* alla *Question* n. 20257, in *JO*, 9 marzo 2006, p. 722, relativamente alla possibilità per due coniugi dello stesso sesso sposati nei Paesi Bassi e residenti in Francia di concludere ivi un contratto di donazione e di modificare il regime matrimoniale, ammessa in quanto le leggi nazionali di entrambi riconoscano l'istituto matrimoniale. Per alcune osservazioni in merito alla *Réponse* del 26 luglio 2005, si veda FONGARO, *Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé*, in *Clunet*, 2006, p. 477 ss., che estende la soluzione proposta dal Ministero della giustizia francese alle unioni omosessuali generalmente considerate, riconducendole così alla qualificazione matrimoniale.

(86) *Wet openstelling huwelijk*, in *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, 2001, n. 9. La versione inglese della legge è consultabile all'indirizzo: <http://rulings.leidenuniv.nl/user/cwaaldij/www/NHR/transl-marr.html>.

(87) *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, in *Moniteur belge*, 28 febbraio 2003, p. 9880, e consultabile all'indirizzo: <http://www.just.fgov.be>.

(88) In *BOE*, n. 157 del 2 luglio 2005. Si veda sul punto WAALDIJK, *Others may follow: the introduction of Marriage, Quasi - Marriage, and Semi - Marriage for Same - Sex Couples in European Countries*, in *New England Law Review*, 2004, p. 569 ss.; MOTILLA, *Gay Marriage in Spain*, in *European Consortium for Church and State, Newsletter*, 2006, p. 10 ss.

rilevare che tali istituti non verranno in considerazione, nel corso della presente ricerca, se non limitatamente ad alcuni aspetti di qualificazione poiché, come si è detto, la disciplina di conflitto dei medesimi si può ricostruire sulla base della chiara classificazione (89) agli stessi attribuita (90).

Ciò, anche qualora tali istituti siano stati posti in essere da cittadini italiani, circostanza quest'ultima resa possibile ad es. in Belgio, a seguito della riforma di diritto internazionale privato (91), che, nella definizione della disciplina di conflitto relativa alla formazione del matrimonio, ha espressamente stabilito, come suggerito in dottrina (92), che l'applicazione di una disposizione individuata entro l'ordinamento di nazionalità di entrambi i coniugi « *est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage* » (art. 46, comma 2), e anche in Spagna, ove, al problema relativo all'idoneità a contrarre matrimonio omosessuale dei cittadini

(89) Si veda tuttavia *contra* ROSSOLILLO, *Registered partnerships*, cit., 2003, p. 363 ss.

(90) Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è analogamente previsto, oltre che in Olanda, in Belgio, in Spagna, in Canada, a seguito del *Civil Marriage Act 2005*, che ha esteso, a far data dal 20 luglio 2005, l'applicabilità del matrimonio omosessuale, precedentemente ammesso nelle province di Ontario, British Columbia, Quebec, Yukon, Manitoba, Nova Scotia, Saskatchewan, New Foundland e Labrador, New Brunswick, nello stato del Massachusetts (USA) e del Sud Africa. Si veda sul punto: *Halpern v. Canada (Attorney General)* (2003), *Ontario Reports* (3d), vol. 65, p. 161 (Ct. App.); *Egale Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), *British Columbia Law Reports* (4th), vol. 15, p. 226 (Ct. App.); *Hendricks v. Quebec (Attorney General)* (2004) (Ct. App. Quebec); *Fourie v. Minister of Home Affairs*, Case n. 232/2003, Supreme Court of Appeal of South Africa, 30 novembre 2004, consultabile all'indirizzo <http://www.concourt.gov.za>. Sulla portata del riconoscimento giurisprudenziale dei matrimoni omosessuali al di fuori degli ordinamenti in cui sono stati posti in essere, si veda: WINTEMUTE, *The Massachusetts Same - Sex Marriage Case*, cit., p. 505 ss.; si veda inoltre HILL KAY, *Same - Sex Divorce*, cit., p. 63 ss.

(91) *Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé*.

(92) WAUTELET, *Note sur l'ouverture du mariage aux ressortissants étrangers de même sexe*, in *Rev. dr. int. pr.*, 2004, p. 97 ss., consultabile all'indirizzo: <http://www.dipr.be>.

provenienti da paesi i cui ordinamenti non ammettono tale istituto, lasciato aperto dalla l. n. 13/2005 (93), ha successivamente dato soluzione la *Resolución - Circular* del 29 luglio 2005 della Direzione generale dei registri e del notariato del Ministero della giustizia spagnolo (94), prevedendo l'inapplicabilità della legge straniera per contrarietà all'ordine pubblico (95).

Sulla base della chiara qualificazione (matrimoniale) attribuita a tali istituti nell'ordinamento che li prevede, sarà dunque possibile individuare, entro il sistema di conflitto italiano, la disciplina agli stessi applicabile tramite il richiamo in via analogica delle norme di conflitto concernenti il matrimonio, quale ad es. l'art. 27 della l. n. 218/1995: sarà dunque la cittadinanza a regolare la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio. Diversa potrebbe invece essere la disciplina richiamata per tali fattispecie qualora si ponesse il problema di applicare alle stesse le convenzioni internazionali rivolte ai matrimoni tradizionali (96), poiché in tal caso la qualificazione andrebbe operata secondo i criteri convenzionali, e dunque l'applicabilità delle norme convenzionali ai matrimoni omosessuali non potrebbe che essere esclusa (97) o subordinata a un delicato procedimento di adattamento.

(93) La l. n. 13/2005 non ha infatti modificato le norme di conflitto spagnole che richiamano la legge nazionale di ciascun nubendo in materia di capacità matrimoniale (art. 9 Código civil).

(94) In *BOE*, n. 188 dell'8 agosto 2005. Su tale circolare, si vedano le osservazioni di QUIÑONES ESCÁMEZ, in *Revue critique*, 2005, p. 855 ss.

(95) Di conseguenza, il matrimonio omosessuale celebrato in Spagna o innanzi ad un'autorità consolare spagnola tra uno spagnolo e uno straniero o tra stranieri residenti in Spagna sarà ivi valido in virtù dell'applicazione del diritto materiale spagnolo, anche se invalido secondo la legge nazionale dello straniero.

(96) Quale ad es. la Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla celebrazione e il riconoscimento della validità dei matrimoni (che però è in vigore solo per Australia, Lussemburgo e Olanda), in *Conférence de La Haye de droit international privé, Recueil des Conventions (1951-1996)*, n. XXVI.

(97) Si veda in tal senso SIEHR, *Family Unions in Private International Law*, in *NILR*, 2003, p. 419 ss., p. 425 ss.; NYGH, *The consequences for Australia of the new Netherlands law permitting same gender marriages*, in *Australian Journal of Family Law*, 2002, p. 139 ss., p. 143.

Infine, poiché possibili argomentazioni di ordine pubblico (98), collegate all'assenza di disciplina, e a diversi principi tuttora accolti nell'ordinamento italiano, si oppongono al riconoscimento di tali istituti in quanto tali (99), come deducibile dall'art. 18 del nuovo sistema giuridico dello stato civile secondo il quale non possono essere trascritti gli atti posti in essere all'estero e contrari all'ordine pubblico (100), e dalla circolare ministeriale del 26 marzo 2001, secondo la quale gli ufficiali di stato civile italiani non possono trascrivere il matrimonio omosessuale concluso all'estero da un cittadino italiano in quanto contrario alle norme di ordine pubblico (101), si pone allora il problema di vedere se alla difficoltà di riconoscimento dei matrimoni omosessuali nell'ordinamento italiano si accompagni anche la negazione di ogni effetto, ad es. di carattere patrimoniale o assistenziale.

Si delinea infatti la possibilità che i contraenti di tali matrimoni siano equiparati ai conviventi, anche se attualmente solo in via interpretativa (102), tramite adattamento, rendendo così funzio-

(98) Si veda in tal senso ROSSOLILLO, *Registered partnerships*, cit., p. 382; MOSCONI, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 305 ss., p. 306.

(99) Si veda in tal senso il decreto del Tribunale di Latina del 10 giugno 2005, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 411 ss., con nota SCHLESINGER, BONINI, in cui si è respinto il ricorso presentato da un cittadino italiano contro il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di Latina di trascrivere il matrimonio omosessuale concluso dallo stesso in Olanda nel 2002.

(100) D.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, in *G.U.*, 30 dicembre 2000, s.o. al n. 303.

(101) Circolare del Ministero degli affari interni del 26 marzo 2001, relativa al regolamento per la revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 283 ss. Si tratta tuttavia di una previsione non completamente corretta, dal momento che applicando l'art. 27, l. n. 218/1995 si dovrebbe già giungere a negare la capacità del cittadino italiano a concludere un matrimonio omosessuale, e ad affermare dunque la nullità di tale matrimonio. In tal senso BOSCHIERO, *Les couples homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, cit., par. 9.

(102) Un'eventuale futura regolamentazione delle unioni civili potrebbe prevedere una simile equiparazione, sulla scorta delle previsioni del *Civil Partnership Act 2004*, che ha chiarito quali istituti stranieri possono essere riconosciuti nel Regno

nale all'ambito della presente indagine la definizione della differente nozione dei matrimoni omosessuali, ai fini di una coerente qualificazione di diritto internazionale privato delle unioni civili.

Unito ed assimilati alle unioni registrate nel foro (S. 20 - *Overseas Civil Partnerships and Marriages for Same Sex Couples*).

CAPITOLO II

LE UNIONI CIVILI

NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

SOMMARIO: 1. Rilevanza di norme internazionali sui diritti dell'uomo ai fini della qualificazione e del trattamento internazionalprivatistico delle unioni civili. — 2. Il diritto alla vita privata e familiare negli strumenti regionali di tutela dei diritti dell'uomo. L'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. — 3. (*Segue*): rispetto della vita familiare e obblighi degli Stati. — 4. (*Segue*): il diritto di fondare una famiglia nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. — 5. La tutela delle relazioni familiari nell'Unione europea. — 6. (*Segue*): la tutela del diritto alla vita familiare e il diritto di fondare una famiglia nella Carta europea dei diritti fondamentali. — 7. (*Segue*): le unioni civili nell'ordinamento dell'Unione europea. — 8. (*Segue*): il riconoscimento degli *status* familiari nell'ordinamento dell'Unione europea. — 9. Influenza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e degli orientamenti comunitari sulla disciplina di conflitto delle unioni civili.

1. *Rilevanza di norme internazionali sui diritti dell'uomo ai fini della qualificazione e del trattamento internazionalprivatistico delle unioni civili.*

Tratto comune ai differenti metodi di qualificazione che si possono utilizzare al fine di determinare la natura delle unioni civili è il collegamento, quanto ai presupposti delle stesse, con l'esercizio di un diritto fondamentale degli individui. Nella definizione degli istituti in esame, risulta, infatti, centrale l'evoluzione avvenuta nel diritto internazionale a tutela del diritto dell'individuo ad intrattenere relazioni interpersonali.

Ciò in ragione della duplice integrazione dei principi fondamentali in materia di relazioni personali tra individui aventi legami

con Stati diversi con le norme materiali dei singoli ordinamenti giuridici. Infatti, da un lato, la consapevolezza della necessità di rispettare i diritti sanciti da tali strumenti ha determinato modifiche e adeguamenti delle discipline materiali dei paesi che si sono impegnati al rispetto degli obblighi internazionali, in corrispondenza del significato dagli stessi assunto in via interpretativa. Dall'altro lato, la rilevanza autonoma dei diritti dell'uomo che ha condotto ad affermarne la natura di principi di ordine pubblico internazionale non può non costituire un limite, negativo o positivo, all'applicabilità delle norme di diritto internazionale privato, nei casi in cui il gioco dei criteri di collegamento faccia riferimento ad una legge che si ponga in contrasto con tali principi (1).

Tra le fonti internazionali di tutela dei diritti dell'uomo che hanno contribuito al riconoscimento delle unioni civili in corrispondenza all'esercizio di prerogative fondamentali degli individui, viene innanzitutto in rilievo la disposizione dell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, secondo cui « nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni ». È infatti sicuro che nella tutela della vita privata rientri anche il diritto di intraprendere una convivenza, che assume così una connotazione differente dalla vita familiare, garantita dall'art. 16 della Dichiarazione con riguardo alla famiglia tradizionale fondata sul matrimonio (2), nonostante le interpretazioni

(1) BUCHER, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, vol. 283, 2000, p. 9 ss., soprattutto p. 82 ss. Sull'influenza delle norme di diritto internazionale sui sistemi nazionali si veda inoltre KILLERBY, *The Council of Europe's Contribution to Family Law (Past, Present and Future)*, in LOWE & DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, Boston, London, 1996, p. 13 ss.

(2) L'art. 16 della Dichiarazione universale dispone infatti: « 1. Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna

rivolte ad estendere il par. 3 della disposizione in esame al riconoscimento delle famiglie non fondate sul matrimonio (3).

Tali affermazioni del diritto al rispetto della vita privata e familiare acquistano particolare significato in ordine al riconoscimento delle unioni civili, soprattutto per il ruolo assunto dalla Dichiarazione nel sistema delle fonti di tutela dei diritti umani, a seguito dei richiami alla stessa effettuati dagli strumenti convenzionali successivi (4).

Tra essi rileva in maniera particolare il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 19 dicembre 1966, il cui art. 17 regola il diritto al rispetto della vita privata e familiare, nel significato allo stesso attribuito dall'attività ermeneutica del Comitato dei diritti dell'uomo, organo competente a controllare il rispetto delle norme contenute nel Patto, tramite l'esame dei rapporti statuali (art. 40), delle comunicazioni con cui uno Stato lamenti una violazione del Patto da parte di un altro Stato (art. 41), e dei reclami individuali nei confronti di Stati che abbiano aderito al Protocollo facoltativo al Patto.

limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento. 2. Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. 3. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato ».

(3) ERIKSSON, *Some Reflections on Article 16 of the UN Declaration of Human Rights*, Lund, 1990, p. 36 ss.; si veda inoltre sul punto LAGOUTTE, ÁRNASON, *Article 16*, in ALFREDSSON, EIDE, *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement*, The Hague, London, Boston, 1999, p. 325 ss.

(4) L'impostazione dell'art. 16 è infatti ripresa dai Patti internazionali del 19 dicembre 1966, rispettivamente all'art. 23, par. 2, Patto sui diritti civili e politici, e all'art. 10, par. 1, Patto sui diritti economici sociali e culturali. La Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 18 dicembre 1979 distingue tra il diritto di contrarre matrimonio (art. 16 par. 1 lett. a) e il diritto di decidere il numero e l'intervallo delle nascite (art. 16 par. 1 lett. e). Sul punto si veda in generale MORSINK, *Women's Rights in the Universal Declaration*, in *HRLQ*, 1991, p. 236 ss.; BOUCAUD, *Le droit de se marier*, in *Rev. trim. dr. homme*, 1992, p. 3 ss. Si fa invece riferimento all'ambiente familiare nella Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (art. 20). Sul punto si veda DETRICK, « *Family Rights* » under the *United Nations Convention on the Rights of Child*, in LOWE & DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, cit., p. 95 ss., p. 107.

È significativa, a tale riguardo, la lettura che il Comitato opera coordinando l'art. 17 con l'art. 23 del Patto, secondo il quale « la famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto di essere protetta dalla società e dallo Stato ». Tramite essa, il Comitato chiarisce infatti che, poiché negli ordinamenti nazionali esistono diverse nozioni di famiglia, tra le quali possono essere ricomprese le coppie non sposate e i loro figli o i genitori non coniugati e i loro figli, gli Stati devono adottare differenti misure legislative, amministrative e giurisdizionali idonee a realizzare tutti gli obiettivi del Patto. A tal fine, il Comitato ha sollecitato gli Stati ad indicare nei propri rapporti periodici se e quali tipi di famiglia vengano riconosciuti e protetti dalla legislazione e dalla prassi nazionali (5).

Tra le applicazioni di tale orientamento appare particolarmente rilevante il riconoscimento della violazione degli artt. 17 e 23 del Patto, affermato dal Comitato nel caso *Hopu e Bessert c. Francia* (6), grazie alla nozione molto ampia di famiglia e di vita familiare, idonea quest'ultima a ricomprendere, nel caso, il luogo di sepoltura degli antenati.

Non è invece chiaro l'orientamento del Comitato in relazione alle unioni tra persone dello stesso sesso, anche se in dottrina si è cercato di fare riferimento all'affermata violazione dell'art. 17 del Patto da parte di alcune disposizioni vigenti in Tasmania in tema di rapporti omosessuali (7), per dedurre il riconoscimento della legittimità del matrimonio tra persone dello stesso sesso, in base all'art. 23 del Patto (8).

(5) *Protection of the family, the right of marriage and equality of the spouses* (art. 23) - 27.7.1990, CCPR General Comment 19). U.N. Doc. HRIGENRev.1 at 28 (1994).

(6) *Communication n. 549/1993: France*, d. 29.12.1997 - CCPR/C/60/d/549/1993.

(7) *Communication n. 488/1992: Australia*, d. 31.3.1994 - CCPR/C/50/d/488/1992.

(8) SADTLER, *A Right to Same - Sex Marriage under International Law: can it be vindicated in the United States?*, in *VJIL*, 1999, p. 405 ss.

Tale possibilità pare tuttavia esclusa dalla recente considerazione restrittiva dei termini utilizzati dall'art. 23 par. 2 del Patto per indicare i soggetti titolari del diritto al matrimonio. Nel caso *Joslin et al. c. Nuova Zelanda*, due coppie di donne si sono rivolte al Comitato per ottenere una pronuncia in merito alla contrarietà al Patto del rifiuto da parte della Nuova Zelanda di riconoscere alle coppie omosessuali il diritto al matrimonio (9); il Comitato, basandosi sulla disposizione dell'art. 23 par. 2, in cui si fa riferimento a « *men and women* » come titolari del diritto al matrimonio, ha affermato che l'obbligo degli Stati parti è « *to recognize as marriage only the union between a man and a woman wishing to marry each other* » (10), pur rimanendo aperta la possibilità di far valere i diritti delle coppie omosessuali, anche ai sensi dell'art. 26 del Patto, concernente il divieto di discriminazione, con riguardo agli ordinamenti entro i quali le unioni o i matrimoni non sono alle stesse accessibili (11), come confermato nel recente caso *Young* in ordine

(9) *Communication n. 902/1999: New Zealand, d. 17.7.2002 - CCPR/C/75/D/902/1999*. In generale sul punto, si veda HELFER, MILLER, *Sexual Orientation and Human Rights: Towards a United States and Transitional Jurisprudence*, in *Harvard Hum. Rights Law Journ.*, 1996, p. 61 ss.

(10) *Communication n. 902/1999*, cit., par. 8.2.

(11) Si veda in tal senso l'opinione dei membri del Comitato Lallah e Scheinin: « *However, in the current case we find that the author failed, perhaps intentionally, to demonstrate that they were personally affected in relation to certain rights not necessarily related to the institution of marriage, by any such distinction between married and unmarried persons that would amount to discrimination under article 26. Their references to differences in treatment between married couples and same-sex unions were either repetitious of the refusal of the State party to recognize same-sex unions in the specific form of "marriage" (para. 3.1.), an issue decided by the Committee under article 23, or remained unsubstantiated as to if and how the authors were so personally affected (para. 3.5.). Taking into account the assertion by the State party that it does recognize the authors, with and without their children, as families (para. 4.8), we are confident in joining the Committee's consensus that there was no violation of article 26* ». Da tale opinione, è forse possibile dedurre che la conclusione del caso *Joslin* avrebbe potuto essere diversa in ragione del fatto che la Nuova Zelanda riconosce le unioni omosessuali come famiglie e dunque non sarebbe stato difficile permettere il matrimonio come fondamento di tali unioni. Tale conclusione avrebbe tuttavia indotto gli Stati più conservatori a negare il riconoscimento alle convivenze omosessuali, per non vedersi poi costretti anche a permettere i matrimoni omosessuali. Si veda sul punto HELFER,

alla richiesta pensione di reversibilità da parte di un convivente omosessuale (12).

Evidente pertanto che se l'impulso dato dagli strumenti universali di tutela dei diritti dell'uomo al riconoscimento delle unioni civili, nel quadro della nozione di vita familiare, può valere ai fini della qualificazione dei loro presupposti in termini di diritti della personalità dei singoli, non può dirsi altrettanto riguardo all'elaborazione di una nozione autonoma di questi istituti, occorrendo pertanto fare riferimento in materia a quanto disposto dalle legislazioni nazionali.

2. *Il diritto alla vita privata e familiare negli strumenti regionali di tutela dei diritti dell'uomo. L'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e i diritti dei conviventi.*

Nell'ambito delle fonti di tutela poste in essere dalle organizzazioni internazionali regionali, i rapporti interpersonali sono innanzitutto considerati dall'art. 8 e dall'art. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. La prima disposizione ha una portata evidentemente più ampia della seconda stabilendo che « ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza »; l'art. 12, come si vedrà (13), si limita a prevedere il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia in corrispondenza alle leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto.

Will the United Nations Human Rights Committee Require Recognition of Same - Sex Marriages?, in WINTERMUTE, ANDENÆS, *Legal Recognition of Same - Sex Partnerships*, cit., p. 733 ss.

(12) *Communication n. 941/2000: Australia, d. 18.9.2003 - CCPR/C/78/D/941/2000.*

(13) Si veda sul punto *infra* il par. 4 di questo capitolo.

L'art. 8 rileva, invece, al di là della sua formulazione testuale, soprattutto per l'ampiezza di contenuto attribuita alla nozione di « vita privata e familiare » dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Commissione (sino all'entrata in vigore, il 1° novembre 1998, del Protocollo n. 11 alla Convenzione di Roma del 1950) (14), nel quadro di una marcata interpretazione evolutiva (15), secondo la quale si tratta di una nozione non suscettibile di essere definita in maniera esaustiva (16), in quanto « *l'institution de la famille n'est pas figée, que ce soit sur le plan historique, sociologique ou encore juridique* » (17). Tratto caratterizzante di tale nozione è, secondo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, la circostanza secondo la quale il rispetto per la vita privata deve comprendere anche il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani (18).

Sulla base di tali presupposti, la tutela prevista dall'art. 8 della Convenzione si estende, grazie alla nozione alquanto flessibile di vita familiare ivi accolta (19), fino a ricomprendere non solo la fa-

(14) Si veda in generale sul punto COUSSIRAT-COUSTÈRE, *Famille et Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000, p. 281 ss.

(15) Sui caratteri e l'ambito di tale interpretazione, si veda in generale: FELD-MAN, *The developing scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Eur. Hum. Rights Law Rev.*, 1997, p. 265 ss.; SUDRE, *Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, 1998, p. 687 ss.; PREBENSEN, *Evolutionary Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, cit., p. 1123 ss., p. 1125; PITEA, *L'interpretazione evolutiva del diritto al rispetto della vita privata e familiare in materia di libertà sessuale e di tutela dell'ambiente*, in PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 384 ss.

(16) Sent. 25 marzo 1993, *Costello - Roberts c. Regno Unito*, Serie A, n. 247-C, par. 36.

(17) Sent. 1° febbraio 2000, *Mazurek c. Francia*, in *Raccolta*, 2000-II, par. 52.

(18) Sent. 16 dicembre 1992, *Niemetz c. Germania*, Serie A, n. 251-B, par. 25.

(19) Su tale nozione, si veda in generale PILLITU, *La tutela della famiglia naturale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1989, p. 793 ss.; O' DONNELL, *Protection of Family Life: Positive Approaches and the EHCR*, in *Journ.*

miglia legittima e le situazioni prodottesi all'interno delle convenienze di fatto (20), ma anche la possibilità di due soggetti di stabilire e mantenere legami di tipo familiare (21).

In tale contesto, la nozione di famiglia elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo presenta dunque una connotazione autonoma in cui assume rilievo lo sviluppo della personalità dei *partners* e dei figli, secondo i principi fondamentali di dignità, libertà, eguaglianza e solidarietà. Tali aspetti hanno assunto tuttavia diversa rilevanza nell'evoluzione della giurisprudenza europea, più incline a riconoscere i diritti dei « figli di fatto » che quelli dei « coniugi di fatto », pur determinando in entrambi i casi in capo agli Stati non solo l'obbligo di non ingerirsi nella vita privata e familiare degli individui (22), ma anche l'obbligo positivo diretto

Soc. Welf. Fam. Law, 1995, p. 261 ss.; ID., *Parent - Child Relationships within the European Convention*, in LOWE & DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, cit., p. 135 ss.; PISILLO MAZZESCHI, *La protezione della famiglia nel quadro degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, p. 262 ss.; RUSSO, Art. 8, in PETITTI, DECAUX, IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, p. 316 ss.; ZENO ZENCOVICH, Art. 8, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 314 ss.; KILKELLY, *The right to respect for private and family life*, *Human Rights Handbook*, 1, Strasbourg, 2001, p. 11 ss.

(20) Sent. 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, Serie A, n. 31; sent. 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, Serie A, n. 290; 27 ottobre 1994, *Kroon c. Paesi Bassi*, Serie A, n. 297-C; Sent. 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, Serie A, n. 94, par. 62: nel caso *Abdulaziz* si trattava infatti della controversia concernente la validità di una cerimonia di matrimonio che aveva avuto luogo nelle Filippine secondo le norme di tale ordinamento e che veniva ritenuta invalida in Regno Unito, ma il fatto che gli sposi si considerassero validamente coniugati e stessero conducendo una vita familiare effettiva consentì alla Corte di superare le argomentazioni del Regno Unito e di richiamare l'art. 8 della Convenzione europea, evitando di pronunciarsi sul problema della validità del matrimonio secondo la legge del luogo di celebrazione; sent. 22 aprile 1997, *X, Y e Z c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1997-II.

(21) Sent. 24 aprile 1996, *Boughanemi c. Francia*, in *Raccolta*, 1996, p. 593. Per l'applicazione della nozione di « famiglia naturale » a un rapporto tra due donne, una delle quali aveva subito un cambiamento di sesso, e il figlio della prima concepito mediante fecondazione artificiale, si veda la sent. 22 aprile 1997, *X, Y e Z c. Regno Unito*, cit.

(22) Significativa in tal senso è la giurisprudenza che ha affermato la contrarietà all'art. 8 della Convenzione europea delle normative nazionali dirette a reprimere

a consentire ai singoli di avere una vita familiare normale, cui corrisponda un regime giuridico adeguato (23).

In tema di filiazione, si è infatti affermato che è la nascita a far sorgere il legame tra genitore e figlio ed è tale legame che deve essere protetto ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, anche nel caso in cui manchi la coabitazione familiare (24), o vi sia stato ritardo nel riconoscimento da parte del padre naturale, o affidamento del figlio ad altri parenti (25). Infine la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto anche l'esistenza del diritto alla vita familiare nei confronti di una relazione esistente tra un transessuale e il figlio nato attraverso la procedura di fecondazione assistita (26).

La Commissione si è invece sempre dimostrata contraria ad affermare il legame genitoriale nell'ambito delle famiglie omosessuali (27), sia che si trattasse della richiesta proposta dalla convivente della madre naturale del figlio (28), sia che si trattasse della domanda di un padre biologico rispetto al figlio nato da una ma-

penalmente le pratiche omosessuali tra adulti consenzienti: sent. 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, Serie A, n. 45; sent. 26 ottobre 1988, *Norris c. Irlanda*, Serie A, n. 142; sent. 22 aprile 1993, *Modinos c. Cipro*, Serie A, n. 259.

(23) Sent. 25 gennaio 2000, *Ignaccolo - Zenide c. Romania*, in *Raccolta*, 2000, 25, par. 95. In questo caso, la Corte condanna la Romania per la mancata attuazione delle misure previste dalla Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione di minori, nei confronti delle figlie di una cittadina francese, alla stessa sottratte e trasferite in Romania dal padre, in seguito al divorzio dalla moglie.

(24) Sent. 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, cit.: in questo caso, si afferma infatti che il figlio nato dall'unione di due persone non sposate si inserisce nella loro famiglia e gode di un legame garantito dall'art. 8, anche se alla nascita i genitori già non convivono più; pertanto si considera contrario all'art. 8 il diritto irlandese poiché prevede la possibilità di adozione senza il consenso del padre naturale. Si vedano inoltre sul punto: sent. 21 giugno 1988, *Berrehab c. Paesi Bassi*, Serie A, n. 138; sent. 7 agosto 1996, *C. c. Belgio*, in *Raccolta*, 1996, p. 915.

(25) Sent. 24 aprile 1996, *Boughanemi c. Francia*, cit., par. 35.

(26) Sent. 22 aprile 1997, *X, Y e Z c. Regno Unito*, cit.

(27) Si veda in generale sul punto BORRILLO, *Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités: la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne*, in *Mc Gill Law Journ.*, 2001, p. 875 ss.

(28) Commissione, decisione 19 maggio 1992, *Kerkhoven, A.M. Hinke e S. Hinke c. Paesi Bassi* (15666/89), non pubblicata.

dre omosessuale (29). Evidente allora che la tutela della « vita familiare » degli omosessuali è circoscritta esclusivamente alla relazione con i loro figli biologici, come stabilito dalla Corte nel caso in cui ha condannato il Portogallo per la violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo a causa della negazione ad un padre dell'autorità parentale sulla figlia nata nell'ambito di un precedente matrimonio con una donna, in ragione di una sua relazione sentimentale con un altro uomo (30). È interessante notare come la Corte nel caso consideri in astratto lecita la discriminazione operata dai giudici portoghesi, in quanto ispirata all'obiettivo di proteggere i diritti della bambina, ma non ritenga in concreto soddisfatta la condizione di proporzionalità, non avendo gli stessi giudici valutato la situazione specifica, essendosi limitati ad affermare teoricamente l'opportunità per i bambini di vivere all'interno di famiglie tradizionali.

Tale orientamento è stato peraltro confermato nel caso in cui la Corte ha ritenuto legittimo il rifiuto da parte delle autorità francesi di concedere l'adozione ad un omosessuale, in forza del margine di discrezionalità ancora riconosciuto agli Stati al fine di proteggere la salute e i diritti dei bambini (31). La Corte ha infatti osservato che la tutela dei diritti degli adottandi costituisce una fondata giustificazione per escludere determinate categorie di persone dal godimento del diritto di adottare, come previsto dall'ordinamento francese, riconoscendo così un ampio margine di apprezzamento alle autorità nazionali anche alla luce dell'assenza di accordo, nella comunità scientifica, sugli effetti dell'adozione posta in essere da persone omosessuali (32).

Si potrebbe ritenere che in questo caso la Corte abbia ripen-

(29) Commissione, decisione 8 febbraio 1993, *G. c. Paesi Bassi* (16944/90), in *Décisions et Rapports*, 38, p. 16 e ss.

(30) Sent. 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, in *Raccolta*, 1999-IX, p. 309.

(31) Sent. 26 maggio 2002, *Frette c. Francia*, in *Raccolta*, 2002-I.

(32) Sent. 26 maggio 2002, *Frette c. Francia*, cit., par. 41.

sato alle conclusioni cui era pervenuta nel caso *Salgueiro da Silva Mouta*; in realtà si tratta di due sentenze che non si pongono sullo stesso piano, dal momento che differente è la fattispecie in cui rileva il riconoscimento del legame di filiazione. Nel caso *Salgueiro da Silva Mouta* la potestà parentale veniva esercitata su una figlia biologica del padre omosessuale; nel caso *Fretté*, si trattava invece di costituire un nuovo rapporto di filiazione. Più agevole quindi invocare i « migliori interessi del minore » per giustificare la diversità di trattamento rispetto al caso *Salgueiro da Silva Mouta*, anche se non pienamente convincente, non essendo provato scientificamente che la vita di un bambino entro una famiglia omosessuale possa arrecare danni al suo sviluppo (33).

Quanto al riconoscimento dei diritti dei conviventi, la Commissione (34) e la Corte europea (35) dimostrano molta cautela, considerando innanzitutto l'omosessualità come un'espressione della vita privata e non della vita familiare, e ritenendo al contrario che la situazione delle coppie eterosessuali non coniugate possa essere equiparata alla famiglia fondata sul matrimonio tradizionale (36).

Il riconoscimento della tutela delle convivenze omosessuali solo entro l'ambito della vita privata (art. 8 Cedu) si ricollega, nel-

(33) Si veda nello stesso senso CAMPIGLIO, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003, p. 120 s.; PITEA, *L'interpretazione evolutiva*, cit., p. 394 s.

(34) Commissione, decisione 3 maggio 1983, *X e Y c. Regno Unito* (9369/81), in *Décisions et Rapports*, 32, pp. 220-222; decisione 14 maggio 1986, *Simpson c. Regno Unito* (11716/85), in *Décisions et Rapports*, 47, p. 274 ss.; decisione 10 febbraio 1990, *B c. Regno Unito* (16106/90), in *Décisions et Rapports*, 64, p. 278 ss.; decisione 15 maggio 1996, *Röösli c. Germania* (28318/95), in *Décisions et Rapports*, 85-A, p. 149.

(35) Sent. 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*, Serie A, n. 106; sent. 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, Serie A, n. 184.

(36) Commissione, decisione 14 maggio 1986, *Simpson c. Regno Unito* (11716/85) (1986), cit.: si trattava di una domanda concernente la possibilità di succedere da parte di una *partner* omosessuale nel diritto di locazione sull'abitazione ove era fissata la comune residenza, respinta dalla Commissione perché la discriminazione fondata sull'identità di sesso poteva ritenersi giustificata in ragione della necessità di proteggere la famiglia tradizionale.

l'orientamento della Commissione, alla circostanza che « *la famille (à laquelle peut être assimilée la relation de couple hétérosexuel non marié mais cohabitant comme mari et femme) mérite une protection particulière dans la société* » (37). La Corte, per parte sua, conferma il riconoscimento dell'omosessualità come espressione della vita privata dell'individuo, osservando che entro la sfera della vita privata quest'ultimo può sviluppare liberamente la propria personalità e stabilire relazioni con altre persone, riguardo alle quali l'omosessualità non può essere sanzionata se non nella misura prevista dall'art. 8 par. 2 (38).

Qualche apertura all'affermazione dei diritti delle coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte si è avuta solo recentemente a seguito della sentenza *Karner*, in cui, seppure in applicazione del divieto di discriminazione, l'Austria è stata condannata a causa del rifiuto di far succedere nel contratto di locazione il « compagno di vita » del defunto solo perché del suo stesso sesso (39).

Si tratta tuttavia di una apertura alquanto limitata, dal momento che la Corte riconosce, nel caso di specie, la violazione degli artt. 14 e 8 della Convenzione nel rifiuto della Suprema Corte austriaca di inserire il *partner* dello stesso sesso nella nozione di « compagno di vita » (*Lebensgefährte*), di cui alla sez. 14 del *Mietrechtsgesetz* austriaco, riferendo tuttavia tale violazione al diritto al rispetto del domicilio (40), ed evitando così di addentrarsi nelle

(37) Commissione, decisione 14 maggio 1986, *Simpson c. Regno Unito* (11716/85), cit., p. 285.

(38) Sent. 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., par. 60. Nel caso, la Corte condanna il Regno Unito per il contrasto della normativa vigente in Irlanda del Nord e rivolta a criminalizzare le attività omosessuali tra adulti. Nello stesso senso si veda: sent. 26 ottobre 1988, *Norris c. Irlanda*, cit.; sent. 22 aprile 1993, *Modinos c. Cipro*, cit.

(39) Sent. 24 ottobre 2003, *Karner c. Austria*, in *Raccolta*, 2003-IX.

(40) Tale conclusione rappresenta un'inversione di tendenza rispetto all'orientamento precedentemente espresso dalla Commissione nelle decisioni: 14 maggio 1986, *Simpson c. Regno Unito* (11716/85), cit.; 15 maggio 1996, *Röösli c. Germania*

nozioni di vita privata o di vita familiare (41). Nella sentenza *Karner*, la Corte conferma inoltre che l'esigenza di tutelare la nozione di famiglia tradizionale può giustificare un diverso trattamento delle famiglie non corrispondenti a tale nozione, pur essendo necessario dimostrare che il trattamento differenziato è una condizione necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo da garantire (42). Nel caso di specie, la violazione dell'art. 8 Cedu si afferma anche a causa della mancata dimostrazione, da parte dell'Austria, che il riconoscimento al convivente omosessuale di un diritto di successione nel contratto di locazione poteva ostacolare la tutela della famiglia tradizionale (43).

3. (Segue): *rispetto della vita familiare e obblighi degli Stati.*

Tratto comune al riconoscimento da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo delle diverse tipologie di rapporti familiari ed interpersonali, seppure con le connotazioni specifiche appena esaminate e rivolte a differenziare le unioni omosessuali da quelle eterosessuali, è l'affermazione di obblighi positivi in capo agli Stati al fine di rendere effettiva la disposizione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Presupposto di tali obblighi positivi è il « diritto al rispetto » della vita privata e familiare (44), che « può implicare l'adozione di misure rivolte ad assicurare il rispetto della vita privata anche nell'ambito delle relazioni tra indivi-

(28318/95), cit.: in entrambi i casi, la Commissione ha ritenuto che le unioni omosessuali non fossero più meritevoli di tutela dei diritti contrattuali del proprietario al termine della locazione.

(41) Si veda sul punto AVETA, *Vita familiare e coppie dello stesso sesso: il caso Karner c. Austria innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2004, p. 74 ss., p. 79; WINTEMUTE, *Strasbourg to the Rescue? Same - Sex Partners and Parents under the European Convention*, in WINTEMUTE, ANDENÆS, *Legal Recognition*, cit., p. 714.

(42) Sent. 24 ottobre 2003, *Karner c. Austria*, cit., par. 41.

(43) AVETA, *Vita familiare e coppie dello stesso sesso*, cit., p. 74 ss.

(44) KILKELLY, *The right to respect*, cit., p. 20.

dui » (45). Si tratta pertanto di obblighi di risultato, in quanto la scelta del mezzo idoneo a perseguire la realizzazione dei medesimi è lasciata ai singoli Stati (46).

Nella definizione degli obblighi positivi, si pone poi il problema di vedere se possa assumere rilevanza il par. 2 dell'art. 8 della Convenzione di Roma, secondo il quale « Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui ». Ciò in ragione del fatto che secondo alcuni, tale disposizione diventa irrilevante nella definizione degli obblighi positivi, dal momento che lo Stato non potrebbe invocare, relativamente ad essi, quell'interesse della collettività che invece consente le interferenze nei diritti dell'individuo (47).

In realtà, al di là di un nucleo di diritti (*core rights*) di rilevanza primaria, per i quali non valgono le limitazioni del par. 2 dell'art. 8 Cedu, nel senso che il solo fatto che uno Stato non ne riconosca l'esistenza viola l'art. 8 par. 1 (48), la Corte non pare essersi mai discostata dalla considerazione dell'interesse generale anche in ordine alla definizione degli obblighi positivi (49).

È proprio nell'individuazione degli obblighi positivi esistenti a carico degli Stati al fine di assicurare il rispetto della vita familiare,

(45) Sent. 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, Serie A 91, par. 22.

(46) Si veda *amplius* sul punto TOMUSCHAT, *What is a "Breach" of the European Convention on Human Rights*, in LAWSON, DE BLOIS, *The Dynamics of Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of H.G. Schermers*, Dordrecht-Boston-London, 1994, p. 315 ss.

(47) CONNELLY, *Problems of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in ICLQ, 1986, p. 567 ss., p. 572.

(48) Sent. 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, cit., par. 31.

(49) Si veda in generale sul punto VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in Riv. dir. int., 2005, p. 955 ss., a p. 970 ss.

che è apparso di fondamentale rilevanza l'equilibrio tra il diritto dei singoli e gli interessi della collettività (50). Si tratta tuttavia di un equilibrio suscettibile di variare a seconda delle circostanze del caso di specie, come dimostra l'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea.

Ad es., mentre nella sentenza *Marckx* (51), la Corte ha ritenuto prevalente il diritto della figlia di una madre non coniugata ad avere una normale vita familiare rispetto all'interesse dello Stato di tutelare la famiglia fondata sul matrimonio, ai fini di affermare l'obbligo per il Belgio di realizzare il riconoscimento automatico dei legami familiari (nel caso negato dalla circostanza che i legami familiari erano subordinati al riconoscimento cui era tenuta la madre), nella sentenza *X, Y e Z c. Regno Unito* (52), fondandosi sulla libertà di apprezzamento degli Stati, ha negato che il diritto al rispetto della vita familiare comportasse per lo Stato l'obbligo di riconoscere alla figlia di un transessuale, nata tramite fecondazione assistita, la possibilità di avere nel certificato di nascita l'indicazione di un padre diverso da quello biologico.

L'identificazione dei criteri concernenti il contenuto e le finalità di tali obblighi positivi risulta dunque un'operazione molto difficile, perché se da un lato la definizione di obblighi positivi limita il potere discrezionale degli Stati nell'applicazione della Conven-

(50) Sent. 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*, cit., par. 37, in cui la Corte introduce il concetto di proporzionalità nel controllo del rispetto degli obblighi positivi tra interessi dei singoli e interesse della collettività, nell'equilibrare i quali « *les objectifs énumérés au paragraphe 2 de l'article 8 peuvent jouer un certain rôle* ».

(51) Sent. 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, cit., par. 31: « *This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the régime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life. As envisaged by Article 8, respect for family life implies in particular... the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child's integration in his family. In this connection, the State has a choice of various means, but a law that fails to satisfy this requirement violates paragraph 1 of Article 8 without there being any call to examine under paragraph 2* ».

(52) Sent. 22 aprile 1997, *X, Y e Z c. Regno Unito*, cit., par. 52.

zione europea, imponendo loro un obbligo di agire, dall'altro la Corte riconosce agli Stati un margine d'apprezzamento, delimitato secondo parametri classici: le circostanze di tempo e di luogo, la natura del diritto in causa o delle attività in gioco, lo scopo perseguito e l'esistenza di elementi comuni ai sistemi giuridici dei paesi membri (53). Così ad es. nel caso *Abdulaziz, Cabales e Balkandali*, la Corte considera la possibilità che in presenza di determinate circostanze gli Stati membri accolgano il coniuge di un immigrato al fine di consentirgli di realizzare il diritto alla vita familiare, ma rifiuta di leggere nell'art. 8 « *a general obligation on... a Contracting State to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to accept the non-national spouses for settlement in that country* » (54).

La valutazione di tale margine d'apprezzamento è inoltre resa più complicata dalla delicatezza delle questioni, quale ad es. il riconoscimento della nuova identità dei transessuali, vietato da alcune normative nazionali, come ad es. quella inglese e francese. Se infatti nei casi *Rees* (55) e *Cossey* (56) la Corte ha concluso nel senso della legittimità del comportamento delle autorità del Regno Unito, operando un bilanciamento tra interesse generale e interesse del singolo, nel caso *B. c. Francia* (57), la Corte ha affermato la violazione dell'art. 8 in assenza di necessità di equilibrare l'interesse della collettività con quello del singolo, per le peculiarità del caso di specie, per poi ritornare ancora, nel caso *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, a ritenere che il margine d'apprezzamento dello Stato possa giustificare il mancato riconoscimento della nuova identità del tran-

(53) Si veda in generale sul punto SUDRE, *Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, cit., p. 1359 ss.; O' DONNELL, *Parent - Child Relationship*, cit., p. 147 ss.

(54) Sent. 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, cit., par. 68.

(55) Sent. 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*, cit., par. 47.

(56) Sent. 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, cit., par. 40.

(57) Sent. 25 marzo 1992, *B. c. Francia*, Serie A, 232-C, par. 63.

sessuale (58). Attualmente pare però che la Corte abbia definitivamente risolto il problema del bilanciamento tra margine d'apprezzamento degli Stati e interesse dei singoli, facendo prevalere quest'ultimo nei noti casi *I. e Goodwin*, dato che « *la notion de juste équilibre inhérente à la Convention fait désormais résolument pencher la balance* » (59).

4. (Segue): *il diritto di fondare una famiglia nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo.*

Nella valutazione delle situazioni di convivenza ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo, non rileva invece in alcun modo la norma dell'art. 12 della Convenzione europea del 1950, secondo cui « a partire dall'età matrimoniale, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto ». Ciò, nonostante sia unanimemente riconosciuto che il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia vada considerato come una specifica manifestazione della « vita familiare » di cui all'art. 8 (60), e nonostante l'ampiezza della nozione di famiglia riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte europea relativamente alla norma dell'art. 8 (61).

Infatti la Corte è sempre stata fermamente orientata ad affermare che il diritto di fondare una famiglia presuppone l'esistenza di un matrimonio tradizionale (62).

(58) Sent. 30 luglio 1998, *Sheffield and Horsham c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1998, V, par. 58.

(59) Sent. 11 luglio 2002, *I. c. Regno Unito e Christine Goodwin c. Regno Unito*, consultabile all'indirizzo: <http://budoc.echr.coe.int>, par. 73 e 93.

(60) JACOBS, WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1996, p. 172; GOMIEN, HARRIS, ZWAAK, *Convention européenne des Droits de l'Homme et Charte Sociale européenne. Droit et pratique*, Strasburgo, 1997, p. 254 ss.

(61) Sul quale si veda *supra* il par. 3 di questo capitolo.

(62) Sent. 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*, cit., par. 49; sent. 27 settem-

Ciò, nonostante alcune aperture alla possibilità che l'art. 12 potesse essere invocato a tutela di famiglie non fondate sul matrimonio tradizionale tra uomo e donna si fossero invece date grazie ad alcuni spunti rilevanti, sebbene nel quadro di un orientamento alquanto incerto della Commissione. Quest'ultima aveva infatti dapprima considerato contraria all'art. 12 (oltretutto all'art. 8) la legge belga per il riferimento alla capacità di procreare come condizione essenziale del matrimonio (63), pur affermando in seguito che non si configurava come violazione dell'art. 12 la negazione ad un transessuale (originariamente donna) della possibilità di contrarre matrimonio con una donna (64), ritornando infine a richiamare l'irrilevanza della capacità di procreare quale condizione per il matrimonio (65).

Alcuni indizi di un possibile *revirement* della Corte, indirettamente rilevante anche ai fini di un più ampio riconoscimento delle unioni civili, si possono tuttavia leggere a partire dal noto caso *Goodwin*, in cui è stato affermato il diritto dei transessuali a spo-

bre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, cit., par. 43; sent. 30 luglio 1998, *Sheffield and Horsham c. Regno Unito*, cit., par. 56 ss.

(63) Commissione, rapp. 1° marzo 1979, *van Oosterwijck c. Belgio*, pubb. Corte, Serie B, n. 36, par. 53. Quanto alla capacità di procreare, la Commissione osserva al par. 59 che « *si le mariage et la famille sont effectivement associés dans la Convention comme dans les droits nationaux, rien ne permet toutefois d'en déduire que la capacité de procréer serait une condition fondamentale du mariage, ni même que la procréation en soit une fin essentielle. Outre qu'une famille peut toujours être fondée par l'adoption d'enfants, il convient d'observer à cet égard que si l'impuissance est parfois considérée comme une cause de nullité du mariage, il n'en va généralement pas de même pour la stérilité* ».

(64) Commissione, rapp. 12 dicembre 1984, *Rees c. Regno Unito*, pubb. Corte, Serie A, n. 106, par. 54. Nel caso infatti, la capacità di procreare viene considerata come un elemento essenziale del diritto al matrimonio, secondo quanto affermato dalla Commissione: « *Il s'ensuit qu'un Etat contractant doit être admis à exclure du mariage les personnes dont la catégorie sexuelle emporte par elle — même constatation d'une inaptitude physique à procréer, soit dans l'absolu (hypothèse du transsexuel), soit relativement à la catégorie sexuelle du conjoint (hypothèse d'individus du même sexe)* ».

(65) Commissione, rapp. 9 maggio 1989, *Cossey c. Regno Unito*, pubb. Corte, Serie A, n. 184, par. 54.

sare una persona di sesso opposto secondo le norme della Convenzione (66). In particolare, la Corte ha puntualizzato che l'incapacità di avere figli non esclude di per sé il diritto al matrimonio (67), riconoscendo così che il sesso di una persona si definisce su basi fenotipiche, e non genotipiche, ovvero in base all'aspetto esteriore e al bilancio endocrino del singolo (68), sottolineando che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata e sottoscritta da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione il 7 dicembre 2000 a Nizza (art. 9) (69), è scomparso il riferimento alla circostanza che il matrimonio debba avvenire tra soggetti di sesso diverso.

Più generalmente, l'orientamento rigoroso della Corte si presta ad essere riletto, al di là della specifica fattispecie del matrimonio tra transessuali e quindi a favore di una nozione più ampia di vita familiare, non solo alla luce delle critiche della dottrina (70), ma anche grazie agli spazi lasciati aperti dalla sentenza *Cossey* (71) ed ora suscettibili di interpretazioni differenti a seguito della recente evoluzione normativa che — come si è detto — ha condotto, in alcuni paesi europei, alla regolamentazione dei matrimoni omosessuali. Poiché infatti, nel caso di specie, la Corte afferma non possibile una nuova interpretazione in ragione dell'assenza di prova di un diffuso abbandono del tradizionale concetto di matrimonio, pare lecito dedurre una relazione circolare tra normativa conven-

(66) Sent. 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, cit.

(67) Sent. 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, cit., par. 98.

(68) Sulla rilevanza di tale nuova impostazione della Corte ai fini dei rapporti di paternità e di maternità, si veda CAMPIGLIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 110 e p. 171 ss.

(69) Sent. 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, cit., par. 80. Sulla rilevanza del richiamo alla Carta si veda BERTHOU, MASSELOT, *Le mariage, les partenariats et la CJCE: ménage à trois*, in *Cahiers dr. eur.*, 2002, p. 679 ss., p. 692 ss.

(70) VAN DIJK, VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998, p. 606 ss.; BERTHOU, MASSELOT, *Le mariage, les partenariats*, cit., p. 693; GRIGOLO, *Sexualities and ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject*, in *Eur. Journ. Int. Law*, 2003, p. 1035 ss.

(71) Sent. 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, cit., par. 46.

zionale e leggi nazionali (72), alla luce della quale è evidente che ad un esteso mutamento delle seconde non può non far seguito un'interpretazione evolutiva della prima.

È ad es. probabile un ripensamento della giurisprudenza formata a partire dal noto caso *Mata Estevez* (73), in cui la Corte europea ha respinto il ricorso di un cittadino spagnolo, rivolto ad affermare che la mancata attribuzione della pensione di reversibilità alla morte del compagno rappresentasse una violazione degli artt. 8 e 14 Cedu da parte della Spagna, a causa della necessità del matrimonio tra persone di sesso differente come condizione per la pensione di reversibilità.

La recente introduzione nell'ordinamento spagnolo del matrimonio tra omosessuali a seguito della riforma del *código civil* non potrà infatti non influire sulla giurisprudenza della Corte europea nel quadro dell'integrazione tra i sistemi di garanzia dei diritti umani nazionali e sistema europeo, evidenziata, come si è detto, dalla giurisprudenza *Cossey* (74), e dall'estesa rilevanza del divieto di discriminazioni all'esercizio di qualsiasi diritto garantito dalla legge di uno Stato membro, secondo quanto prevede l'art. 1 del Protocollo n. 12, aperto alla firma il 4 novembre 2000 (75). D'altra parte, pare ormai consolidato il metodo interpretativo elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di adeguare la Convenzione di Roma agli sviluppi della realtà sociale degli Stati membri (76), in quanto fondato sulla necessità di realizzare l'« oggetto e lo scopo » della stessa Convenzione, secondo quanto pre-

(72) Si veda in tal senso TOSI, *Art. 12*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario*, cit., p. 373; CAMPIGLIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 83.

(73) Sent. 10 maggio 2001, *Mata Estevez c. Spagna*, consultabile all'indirizzo: <http://hudoc.echr.coe.int>.

(74) Sent. 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, cit.

(75) Ciò, nonostante la mancata indicazione, nell'elenco dei motivi di non discriminazione, delle tendenze sessuali, contrariamente ai suggerimenti dell'Assemblea Parlamentare, espressi nel Parere n. 216 (2000) sul progetto di Protocollo n. 12 addizionale alla Convenzione di Roma del 1950, basato sul rapporto del Comitato affari giuridici e diritti umani (Doc. 8614).

(76) DE BLOIS, *The Fundamental Freedom of the European Court of Human*

vede l'art. 31 par. 1 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati, ovvero l'attuazione degli obblighi *erga omnes* posti a favore degli individui (77).

5. *La tutela delle relazioni familiari nell'Unione europea.*

Nell'ambito degli strumenti internazionali, che possono contribuire alla definizione delle unioni civili, un ruolo significativo spetta inoltre agli atti dell'Unione europea.

Ciò, in ragione dell'impulso che il rispetto dei diritti dell'uomo ha generalmente ricevuto in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, ed alla conferma in tal senso operata dal Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001, nell'ambito dell'art. 6 del Trattato UE, secondo cui « (1) L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri. (2) L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario ».

Quanto all'attuazione di tali principi, un ruolo indubbiamente rilevante, anche ai fini del riconoscimento delle unioni civili come espressione di un diritto fondamentale dell'individuo, da affermarsi indipendentemente da ogni possibile discriminazione, deve essere riconosciuto all'art. 13, par. 1 del Trattato CE, come modificato dal Trattato di Nizza, secondo il quale « fatte salve le altre disposizioni

Rights, in LAWSON, DE BLOIS, *The Dynamics of Protection of Human Rights in Europe*, cit., p. 32 ss., p. 35.

(77) Sul punto, si veda in generale SIMMA, ALSTON, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles*, in *Austr. Yearb. Int. Law*, 1992, p. 84 ss.

del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, le religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali ».

Accanto alle norme generali dell'art. 6 del Trattato UE e dell'art. 13, par. 1 Trattato CE, appena ricordate, pare poi opportuno considerare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata e sottoscritta da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione il 7 dicembre 2000 a Nizza, in margine al Consiglio europeo svoltosi nei giorni 7-9 dicembre 2000 a seguito dell'*iter* deciso dal Consiglio europeo di Colonia (78), e destinata ad essere parte II della Costituzione europea, quando il Trattato di Roma del 29 ottobre 2004, che la contiene, dovesse entrare in vigore (79). Ciò, in ragione del fatto che la Carta, pur non configurando, allo stato attuale, un atto normativo, idoneo a produrre norme giuridiche che

(78) Sul punto si veda in generale DE BURCA, *The Drafting of the European Union Charter of Fundamental rights*, in *Eur. Law Rev.*, 2001, p. 126 ss.

(79) Il testo del Trattato, destinato a sostituire gli attuali trattati istitutivi, è pubblicato in *G.U.U.E.*, n. C 310 del 16 dicembre 2004. Per alcuni commenti sul punto: POCAR, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 1178 ss.; BASSANINI, TIBERI (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza intergovernativa*, Bologna, 2003; CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Scritti di diritto internazionale*, II, Napoli, 2003, p. 293 ss.; DOUGAN, *Convention's Draft Constitutional Treaty: Bringing Europe Closer to Its Lawyers?*, in *Eur. Law Rev.*, 2003, p. 763 ss.; TIZZANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, in *Dir. UE*, 2003, p. 249 ss.; LENAERTS, GERARD, *The structure of the Union according to the Constitution for Europe: the emperor is getting dressed*, in *Eur. Law Rev.*, 2004, p. 289 ss.; DONY, BRIBOSIA (ed.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, 2005. Sugli effetti dell'inserimento della Carta nel trattato costituzionale, GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2003, p. 5 ss.; VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. UE*, 2004, p. 73 ss.

attribuiscano diritti o doveri o regolino condotte, se non quando riproduca disposizioni già vigenti nell'ordinamento dell'Unione o dei suoi Stati membri, collocandosi così nell'indeterminata e discussa categoria degli atti atipici (80), afferma tuttavia l'originalità dei valori dell'Unione, conferendovi la concretezza di contenuti necessaria ad evidenziarne la distinzione rispetto alle normative di fonte internazionale ed interna. La Carta contiene infatti un catalogo di diritti fondamentali da riconoscere ed attribuire ad ogni persona umana in vari settori che compongono un sistema completo e organico, articolato secondo sei valori fondamentali: dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia.

In tema di relazioni interpersonali, la Carta può dunque valere a definire, con le sue norme, dei principi interpretativi che consentano di ampliare la tutela prevista in materia dalla regolamentazione già stabilita, seppure in maniera frammentaria e spesso accessoria al funzionamento di altre politiche comunitarie, quali ad es. la libera circolazione dei lavoratori o la cooperazione giudiziaria. Ad es., ciò potrebbe accadere in relazione all'art. 21 della Carta che sancisce in linea generale il divieto di discriminazione con riguardo anche alle tendenze sessuali, precedentemente codificato con riferimento al trattamento nell'impiego e nell'occupazione (81), o con riguardo all'art. 7 e alla tutela del diritto al rispetto della vita familiare, di cui rappresenta evidente attuazione ad es. la previsione relativa all'assegno di famiglia, garantito anche al funzionario comunitario « registrato come membro stabile di un'unione di fatto », e non solo al funzionario coniugato (82).

(80) Sul punto si veda *amplius* LENAERTS, *Fundamental Rights in the European Union*, in *Eur. Law Rev.*, 2000, p. 575 ss.

(81) Direttiva del Consiglio 2000/78/CE del 27 novembre 2000 relativa all'uguaglianza di trattamento nell'impiego e nell'occupazione, in *G.U.C.E.* L 303 del 2 dicembre 2000, p. 16.

(82) Art. 1, par. 2, lett. c dell'allegato VII dello Statuto dei funzionari delle Comunità europee come modificato dal regolamento (CE, Euratom) n. 723/2004 del Consiglio del 22 marzo 2004, che modifica lo statuto dei funzionari delle Comunità europee e il regime applicabile agli altri agenti di dette Comunità, in *G.U.U.E.*, L 124

6. (Segue): *la tutela del diritto alla vita familiare e il diritto di fondare una famiglia nella Carta europea dei diritti fondamentali.*

La disposizione generale dell'art. 7 della Carta riconosce agli individui il diritto al rispetto della vita familiare, nelle varie esplicazioni in cui essa si attua, a titolo di diritto autonomamente riconosciuto all'interno dell'Unione europea e ulteriormente protetto dall'art. 33 della Carta, secondo il quale: « (1) È garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale. (2) Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione del figlio ». L'art. 24, inoltre sancisce la tutela delle relazioni tra genitori e figli (83).

del 27 aprile 2004, p. 1 ss., prevedendo che abbia diritto all'assegno di famiglia: « il funzionario registrato come membro stabile di un'unione di fatto, a condizione che: *i*) la coppia fornisca un documento ufficiale riconosciuto come tale da uno Stato membro dell'Unione europea o da un'autorità competente di uno Stato membro, attestante la condizione di membri di un'unione di fatto; *ii*) nessuno dei due *partners* sia sposato né sia impegnato in un'altra unione di fatto; *iii*) i *partners* non siano legati da uno dei seguenti vincoli di parentela: genitori e figli, nonni e nipoti, fratelli e sorelle, zie/zii e nipoti, generi e nuore; *iv*) la coppia non abbia accesso al matrimonio civile in uno Stato membro; si considera che una coppia ha accesso al matrimonio civile ai fini del presente punto unicamente nel caso in cui i due *partners* soddisfino l'insieme delle condizioni fissate dalla legislazione di uno stato membro che autorizza il matrimonio di tale coppia ». Si veda inoltre l'art. 1 del Regolamento CE n. 1292/2004 del Consiglio del 30 aprile 2004, in *G.U.U.E.*, L 243 del 15 luglio 2004, p. 23 ss., che modifica il regolamento n. 422767/67/CEE e n. 5/67 Euratom, prevedendo che le unioni non matrimoniali siano assimilate al matrimonio, a condizione che siano rispettate le condizioni previste dall'art. 1, par. 2, lett. c) dell'annesso VII allo Statuto dei funzionari delle Comunità europee. Si veda sul punto MENGIOZZI, *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 643 ss., p. 645.

(83) Corollari importanti di tali disposizioni relative alla vita familiare sono poi previsti dall'art. 21, relativo al divieto di discriminazione, e dall'art. 14 concernente il diritto all'educazione. Sul punto Mc GLYNN, *Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: progressive change or entrenching the status quo?*, in *Eur. Law Rev.*, 2001, p. 582 ss.

Si porrà pertanto il problema di definire l'ambito d'applicazione di tali disposizioni e, qualora prevalga l'interpretazione estensiva della nozione di famiglia ivi accolta, allora le prerogative previste per i membri della stessa potranno essere riconosciute anche relativamente ai membri delle convivenze (84).

Un'altra disposizione significativa al riguardo è l'art. 9 secondo il quale: « Il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio » (85). È infatti significativo che questa norma riconosca il diritto di sposarsi e quello di costituire una famiglia senza alcuna specificazione relativa al sesso o all'orientamento sessuale, ampliando così nettamente le tipologie familiari oggetto di tutela internazionale, in conformità, tra l'altro, agli auspici del Parlamento europeo relativamente ai diritti delle coppie omosessuali (86).

La tutela prevista per le relazioni familiari dalle disposizioni appena considerate della Carta può tuttavia realizzarsi soltanto in via interpretativa finché la Carta non acquisterà valore formalmente giuridico con l'entrata in vigore del Trattato costituzionale, attualmente incerta per le resistenze di alcuni paesi alla ratifica.

(84) Si veda in tal senso MC GLYNN, *Families and the European Union Charter*, cit., p. 582 ss.; BARATTA, *Verso la « comunitarizzazione » dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, pp. 573-606, p. 600 s. Sul riconoscimento delle unioni omosessuali nel diritto comunitario si veda inoltre: GUIGUET, *Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe*, in *Cahiers dr. eur.*, 1999, p. 537 ss.; LENOIR, *L'homosexualité et le juge communautaire*, in *Rev. trim. dr. homme*, 1999, p. 407 ss.; FORDER, « R » *evolution in Family Law Relationships*, in *Maastricht Journ. Eur. Comp. Law*, 2000, p. 1 ss.; PALLARO, *I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, p. 104 ss.

(85) Su di esso, si veda BONINI BARALDI, *Parità di trattamento e nozione di « familiare » tra prerogative nazionali e prospettive comunitarie*, in *Familia*, p. 821 ss., p. 835.

(86) *Risoluzione sulla parità dei diritti delle persone omosessuali nella Comunità europea*, 8 febbraio 1994, A3 - 0028/94; *Risoluzione sul rispetto dei diritti umani nell'Unione europea*, 16 marzo 2000, 11350/1999 - C5 0265/1999 - 1999/2001. Su tali risoluzioni e sul collegamento con il divieto di discriminazione di cui all'art. 13 TUE, si veda in generale BELL, *The new Article 13 EC Treaty: a Sound Basis for European Anti - Discrimination Law?*, in *Maastricht Journ. Eur. Law*, 1999, p. 5 ss.

Ciò può accadere ad es. nelle ipotesi in cui la Corte di giustizia delle Comunità europee sia chiamata a valutare i profili di legittimità degli atti comunitari e il contenuto dell'ordinamento comunitario nelle questioni interpretative pregiudiziali (87). Relativamente alla tutela del diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, l'eventuale contrasto di nozioni deducibili al riguardo, seguendo i due procedimenti appena descritti, si può risolvere tramite l'applicazione dell'art. 52 § 3 della Carta, che contiene una presunzione di identità tra il contenuto della Carta e quello della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, laddove esse considerino diritti corrispondenti, prevalendo tuttavia la disciplina più favorevole, ove presente, nel diritto dell'Unione, in conformità al principio generale del trattamento più favorevole (art. 53 della Carta) tra quanto previsto dalla Convenzione europea e dalle convenzioni internazionali in materia di diritti fondamentali di cui gli Stati membri siano parti.

È auspicabile allora che, in tema di diritto a fondare una famiglia, la Corte adotti un'interpretazione estensiva dell'art. 9 della Carta, riconoscendo e tutelando il diritto di fondare una famiglia tramite la costituzione di unioni civili, indipendentemente dal sesso dei componenti delle medesime, alle quali possano poi ricollegarsi procedimenti di adozione o di riproduzione assistita (88). Si tratta, infatti, di una fattispecie che nell'art. 9 della Carta viene intenzionalmente distinta dal diritto di sposarsi, in quanto suscettibile di applicazioni restrittive (89), in linea con l'orientamento seguito

(87) Sul punto si veda *amplius* BARATTA, *Verso la « comunitarizzazione »*, cit., p. 573 ss.; CARACCILO DI TORELLA, MASSELOT, *Under Construction: EU Family Law*, in *Eur. Law Rev.*, 2004, p. 32 ss.

(88) MC GLYNN, *Families*, cit., p. 593 ss.

(89) Come precisato, inoltre, dal *Presidium* della Convenzione che ha aggiornato le « Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali » in occasione dell'adozione del progetto di trattato costituzionale, precisando che l'art. 9 « non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso », in *G.U.U.E.*, n C 310 del 16 dicembre 2004, p. 431.

dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, sulla base del modello tracciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (90).

Tale distinzione non è stata tuttavia accolta dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, dato che nel noto caso *P.D. e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione europea* si è basata sull'art. 9 della Carta, come peraltro suggerito dall'Avvocato generale Mischo, per affermare che non è possibile attribuire lo *status* di matrimonio alle unioni fra persone dello stesso sesso (91). Si tratta tuttavia di un orientamento ormai superato dalla riforma dello Statuto dei funzionari comunitari, nell'ambito della quale, come si è visto (92), si prevede una qualificazione normativa dei *partners* come membri della famiglia, delineando così i presupposti per il riconoscimento di uno *status* da affermarsi in relazione a tutti i cittadini europei (93).

7. (Segue): *le unioni civili nell'ordinamento dell'Unione europea.*

Alla luce di tali considerazioni, e della difficoltà di attribuire riconoscimento alle unioni civili, sulla base dell'art. 9 della Carta, è dunque necessario fare riferimento alla nozione di famiglia, in

(90) Sul quale si veda *supra* il par. 4 di questo capitolo.

(91) Trib. CE, 28 gennaio 1999, in causa T-264/97, *D.c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 1999-II, p. 1 ss.; Corte di giustizia CE, 31 maggio 2001, in cause C-122 e C 125/99 *P. D. e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2001-I, p. 4319 ss. Il caso riguarda il rifiuto da parte del Consiglio di riservare al *partner* registrato svedese di un suo funzionario i benefici previsti per i coniugi dei funzionari. Il Tribunale di primo grado aveva respinto il ricorso sulla base della nozione di matrimonio di cui allo Statuto del personale delle Comunità europee, e dunque da intendersi come matrimonio civile in senso tradizionale. L'appello proposto dagli interessati viene respinto dalla Corte, che non intende infatti equiparare al matrimonio situazioni che, a suo parere, rimangono diverse. Criticamente sul punto si veda BERTHO, MASSELOT, *Le mariage, les partenariats*, cit., p. 693 ss.

(92) Si veda sul punto *supra* il par. 5 di questo capitolo e soprattutto la nt. n. 82.

(93) CARACCILO DI TORELLA, REID, *The changing shape of the « European Family » and fundamental rights*, in *Eur. Law Rev.*, 2002, p. 84 ss.; CARACCILO DI TORELLA, MASSELOT, *Under Construction*, cit., p. 32 ss.

quanto presupposto per l'applicazione dei benefici di cui all'art. 33 della Carta. Sarebbe infatti contraddittorio riconoscere, in base alla disciplina della Carta, il diritto di costituire una famiglia indipendentemente da qualsiasi condizione ed ammettere poi che possano godere delle cautele di cui all'art. 33 solo i membri di famiglie fondate sul matrimonio oppure di convivenze tra persone di sesso diverso.

Bisogna ammettere, però, che questa soluzione può apparire di difficile attuazione, in quanto legata ad un *revirement* della Corte di giustizia rispetto all'orientamento sino ad ora dalla stessa espresso e generalmente rigoroso nei confronti delle unioni civili, siano esse poste in essere tra persone di sesso diverso o uguale.

Quanto alle convivenze tra individui di sesso diverso, la Corte di giustizia, dopo aver chiarito che la determinazione del significato di alcuni concetti del diritto di famiglia, utilizzati ma non definiti nella nozione comunitaria di familiare, deve avvenire secondo l'interpretazione autonoma, conclude tuttavia che un'interpretazione autonoma della nozione di « coniuge » di cui all'art. 10 del regolamento n. 1612/1968 (94) non consente di includervi il convivente *more uxorio*, e che il diritto del lavoratore migrante alla parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato di residenza nel godimento dei « vantaggi sociali », di cui all'art. 7 par. 2 implica il diritto al soggiorno del *partner* qualora ciò sia accordato ai cittadini di tale Stato, rimettendo così allo Stato ospitante l'attribuzione di *status* familiari (95).

(94) Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in *G.U.C.E.*, n. L 257 del 19 ottobre 1968, p. 2 ss.

(95) Corte di giustizia CE, 17 aprile 1986, in causa C-59/85, *Reed c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1986-I, p. 1283 ss., par. 29. Per una successiva apertura al riconoscimento delle convivenze, si veda tuttavia Corte di giustizia CE, 22 giugno 2000, in causa C-65/98, *Safet Eyüp c. Austria*, in *Raccolta*, 2000-I, p. 4747 ss., ove tuttavia il riconoscimento della convivenza ai fini dell'accertamento della residenza legale nel territorio della Comunità avviene nel caso particolare di due coniugi, divorziati e poi risposati che hanno continuato a convivere nel periodo intercorrente tra i due matri-

Relativamente alle convivenze omosessuali, partendo dai presupposti enucleati nella sentenza *Grant* (96), secondo cui le discriminazioni in base alle tendenze sessuali non possono essere incluse tra le discriminazioni sulla base del sesso (97), vietate dall'art. 141 del Trattato CE (98), e pertanto impediscono l'equiparazione tra

moni. Dunque non può ritenersi un precedente valido ai fini del riconoscimento di una nozione comunitaria di convivenza.

(96) Corte di giustizia CE, 17 febbraio 1998, in causa C-249/86, *Grant c. South West Trains Ltd*, in *Raccolta*, 1998, p. 621 ss. Si trattava di un caso concernente alcune agevolazioni di viaggio richieste dalla Signora Grant a favore della sua *partner*, ma non riconosciute in quanto il regolamento aziendale della *South West Trains* prevedeva tali agevolazioni solo a favore del coniuge del dipendente o della persona di sesso opposto con cui il dipendente avesse una relazione da almeno due anni.

(97) Sulle quali è invece nota l'interpretazione estensiva operata dalla Corte a favore dei transessuali. Si veda in tal senso Corte giustizia CE, 30 aprile 1996, in causa C-13/94, *P. c. S. e Cornwall County Council*, in *Raccolta*, 1996, p. 2143 ss.; nel caso la Corte interpreta estensivamente il principio di non discriminazione in base al sesso e ritiene che il trattamento sfavorevole riservato a un lavoratore inglese (licenziamento) in seguito al mutamento di sesso sia vietato. Si veda *amplius* sul punto CAMPBELL, LARDY, *Discrimination against Transsexuals in Employment*, in *Eur. Law Rev.*, 1996, p. 412 ss. Si veda inoltre Corte di giustizia CE, 7 gennaio 2004, in causa C 117/01, *KB c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 541 ss. Il caso trae origine dalla richiesta pensione di reversibilità a favore della *partner* convivente. Il datore di lavoro affermava che tale beneficio spettasse solo al coniuge ma la ricorrente non poteva sposare il *partner* di sesso maschile, ma originariamente donna, e come tale registrato allo stato civile, perché la legislazione britannica non consentiva di rettificare l'atto di nascita una volta cambiato sesso. La Corte accoglie il ricorso e afferma che i limiti posti dalla legislazione del Regno Unito sono inaccettabili, affermando tuttavia che nel caso la discriminazione è indiretta in quanto non concerne il godimento di un diritto tutelato nell'ordinamento comunitario ma incide su una delle condizioni per la sua concessione. Su tale sentenza si veda *amplius* TOMASI, *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 977 ss. In materia, si veda infine Corte giustizia CE, 27 aprile 2006, in causa C-423/04, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, consultabile all'indirizzo: <http://europa.eu>, per una recente riaffermazione del divieto di discriminazioni sulla base del sesso con riguardo al rifiuto di uno Stato membro di concedere una pensione di vecchiaia prima del raggiungimento dei sessantacinque anni di età a una persona transessuale passata dal sesso maschile a quello femminile, quando invece tale persona avrebbe avuto diritto alla pensione all'età di sessant'anni se fosse stata considerata donna sotto il profilo del diritto nazionale.

(98) L'art. 141 Trattato CE dispone infatti: « (1) Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso

unioni di persone dello stesso sesso rispetto a quelle tra persone di sesso diverso (99), la Corte ha ribadito questa conclusione con riguardo alle *partnerships* registrate, ritenute non equiparabili al matrimonio di persone di sesso diverso (100), relativamente al quale ha peraltro elaborato una giurisprudenza nettamente orientata ad escludere dalla nozione dell'istituto i c.d. « matrimoni di comodo », in quanto diretti ad estendere fraudolentemente il godimento delle prerogative dei cittadini comunitari (101). Solo un'interpretazione evolutiva dell'art. 10 del regolamento 1612/1968 potrebbe consentire l'estensione della nozione di coniuge dallo stesso prevista alle persone vincolate da matrimoni omosessuali o da partenariati registrati anche al fine di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori (102).

maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. (2) Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica: *a*) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura, *b*) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro ». Sulla parità di trattamento in materia di lavoro, si ricorda inoltre la previsione, entro la direttiva 2000/78 CE del Consiglio, in *G.U.C.E.*, L 303, del 2 dicembre 2000, p. 16 ss., del divieto di ogni discriminazione diretta e indiretta fondata sull'orientamento sessuale.

(99) Corte di giustizia CE, 17 febbraio 1998, in causa C-249/86, *Grant v. South West Trains*, cit., par. 35: « allo stato attuale del diritto nella Comunità, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori dal matrimonio tra persone di sesso opposto ».

(100) Trib. CE, 28 gennaio 1999, in causa T-264/97, *D. c. Consiglio dell'Unione europea*, cit.; Corte di giustizia CE, 31 maggio 2001, in cause C-122 e C 125/99, *P. D. e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione europea*, cit.

(101) Corte giust., 23 settembre 2003, in causa C-109/01, *Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich*, in *Raccolta*, 2003-I, p. 9607 ss.

(102) GUILD, *Free Movement and Same-Sex Relationships: Existing EC Law and Article 13 EC*, in WINTERMUTE, ANDENAES, *Legal Recognition*, cit., p. 685 ss. Si veda inoltre sul punto la proposta di modifica del regolamento n. 1612/1968, presentata dalla Commissione nel 1998, COM (1998), in *G.U.C.E.*, C 344 del 12 novembre 1998, che prevede l'assimilazione al coniuge delle persone allo stesso equiparate nello Stato di destinazione del lavoratore.

D'altra parte, la nozione ristretta di *partner*, così delineata dalla giurisprudenza, corrisponde a quella accolta dalla legislazione comunitaria, nonostante il fatto che l'art. 13 del Trattato CE, come modificato dal Trattato di Nizza, abbia, come si è detto (103), inserito nelle discriminazioni da combattere quelle fondate sulle tendenze sessuali, in linea, tra l'altro, con la disposizione dell'art. 21 della Carta di Nizza (104).

Si distingue inoltre, per particolare rigidità, la nozione di familiari accolta nell'ambito della direttiva 2003/86 del Consiglio in materia di ricongiungimento familiare (105). Questa direttiva annovera, infatti, tra i familiari aventi diritto al ricongiungimento, solo il coniuge e i figli minori avuti con quest'ultimo, attribuendo invece al convivente ed ai figli dello stesso solo la « possibilità » di godere del ricongiungimento, condizionata al riconoscimento della famiglia cui di fatto appartengono da parte dello Stato membro ospitante; all'art. 4 par. 4 si distingue inoltre tra i conviventi di fatto e i membri delle unioni registrate, ai fini della prova dell'unione, dalla quale i secondi sono esonerati, in forza della registrazione della loro convivenza (106).

In maniera analoga, dispongono, peraltro, da un lato, la direttiva 2004/83 sulla qualifica dello *status* di rifugiato, secondo la quale può ritenersi ricompreso tra i familiari, analogamente al co-

(103) Si veda sul punto *supra* il par. 5 di questo capitolo.

(104) Si veda sul punto STALFORD, *Regulating Family Life in post - Amsterdam Europe*, in *Eur. Law Rev.*, 2003, p. 39 ss.

(105) Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al ricongiungimento familiare, in *G.U.U.E.*, L 251 del 3 ottobre 2003, p. 12 ss.

(106) Si veda in tal senso l'art. 4, par. 3 della direttiva 2003/86: « Gli Stati membri possono, per via legislativa o regolamentare, autorizzare l'ingresso e il soggiorno ai sensi della presente direttiva, fatto salvo il rispetto delle condizioni definite al capo IV, del *partner* non coniugato cittadino di un paese terzo che abbia una relazione stabile duratura debitamente comprovata con il soggiornante, o del cittadino di un paese terzo legato al soggiornante da una relazione formalmente registrata, ai sensi dell'art. 5 par. 2, nonché dei figli minori non coniugati, anche adottati, di tali persone, come pure i figli adulti non coniugati di tali persone, qualora direttamente non possano sovvenire alle proprie necessità in ragione del loro stato di salute ».

niuge del beneficiario di tale *status*, « il *partner* non sposato con questi avente una relazione stabile se la legislazione o la prassi dello Stato membro interessato equipara le coppie non sposate a quelle sposate nel quadro della legislazione sugli stranieri » (107), e, dall'altro la direttiva n. 2004/38 sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione (108), secondo la quale può intendersi come familiare. « *a*) il coniuge; *b*) il *partner* che abbia contratto con il cittadino dell'unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante; *c*) i discendenti diretti di età inferiore a ventuno anni o a carico e quelli del coniuge o *partner* di cui alla lettera *b*); *d*) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o *partner* di cui alla lettera *b*) » (art. 2, n. 2) (109).

L'equiparazione dei conviventi ai coniugi appare pertanto legata, nell'ordinamento comunitario, alle specifiche valutazioni del paese di destinazione, nell'ambito del quale viene in rilievo la loro situazione (110), con il rischio che non tutte le prerogative derivanti dallo *status* di convivente siano riconosciute, nel caso in cui

(107) Art. 2 della Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione ai cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di rifugiato o di persona bisognosa di protezione internazionale nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in *G.U.U.E.* L 304 del 30 settembre 2004, p. 12 ss.

(108) Direttiva n. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive nn. 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, a far data dal 30 aprile 2006, in *G.U.U.E.*, L 158 del 30 aprile 2004, p. 77 ss.

(109) Si veda sul punto TOMASI, *Status familiari e libera circolazione dei cittadini dell'Unione*, in BARUFFI (a cura di), *La Costituzione europea: quale Europa dopo l'allargamento?*, Padova, 2006, p. 191 ss.

(110) Si veda in generale sul punto TONER, *Partnership Rights, Free Movement and EU Law*, Oxford, 2004, p. 53 ss.

ad es. lo Stato così individuato non preveda alcuna regolamentazione al riguardo.

L'esistenza di profonde differenze tra gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione avrebbe dunque potuto suggerire soluzioni diverse, ispirate o all'elaborazione di una nozione autonoma di convivente, da equiparare eventualmente a quella di coniuge (111), o al rinvio alla legislazione dello Stato d'origine (112).

Tale ultima soluzione, coerente anche al principio del mutuo riconoscimento, appare preferibile in quanto funzionale all'affermazione della condizione di convivente, in conformità al principio generale di riconoscimento degli *status* personali e familiari che si va delineando all'interno dell'Unione come portato della cittadinanza europea, finalizzato alla realizzazione del mercato interno. In tale contesto, assume pertanto un ruolo centrale l'art. 17 del Trattato CE (113), giustamente considerato come norma di coordinamento tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, c.d. norma « interlocale » (114), in quanto prescrive alle autorità nazionali di attenersi agli *status* personali e familiari che ciascun membro abbia attribuito alle persone che gli sono sottoposte.

(111) Si veda in tal senso PALLARO, *I diritti degli omosessuali*, cit., p. 132; JESURUN D'OLIVEIRA, *Freedom of Movement of Spouses and Registered Partnerships in the European Union*, in BASEDOW, MEIER, SCHNYDER, EINHORN (eds), *Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siebr*, The Hague, 2000, p. 526 ss., p. 535.

(112) Tale soluzione era stata proposta dal Parlamento europeo nell'*iter* di adozione della direttiva 2004/38 sul diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, nella risoluzione legislativa doc. P5—TC1 - COD(2001)0111 e nella posizione doc. P5—TA(2003)0041, in *G.U.U.E.*, C 43 E del 19 febbraio 2004, p. 42 ss. Per l'applicazione alternativa della legislazione dello Stato d'origine con quella dello Stato di destinazione della famiglia, si veda invece; TOMASI, *Status familiari*, cit., p. 197.

(113) L'art. 17 Trattato CE così dispone: « (1) È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione costituisce un completamento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima. (2) I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente trattato ».

(114) BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 198.

8. *(Segue): il riconoscimento degli status familiari nell'ordinamento dell'Unione europea.*

Nel quadro del riconoscimento degli *status* personali e familiari (115) che si va delineando quale principio generale dell'ordinamento comunitario, funzionale alla libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione (116), assume pertanto particolare rilevanza la giurisprudenza tramite la quale sono state chiarite le prerogative connesse alla cittadinanza europea (artt. 17 e 18 del Trattato CE) (117), a partire dal noto caso *Micheletti*, in cui la Corte di giustizia delle Comunità europee ha affermato che « le disposizioni di diritto comunitario in materia di libertà di stabilimento ostano a che uno Stato membro neghi ad un cittadino di un altro Stato membro, che è simultaneamente in possesso della cittadinanza di uno Stato terzo, il diritto di avvalersi di detta libertà per il solo motivo che la legislazione dello Stato ospitante lo considera come cittadino dello Stato terzo » (118).

(115) Si veda in generale sul punto FLAUSS, *Etat civil et droit communautaire*, in *Mélanges Fritz Sturm*, Liège, 1999, II, pp. 1469-1488.

(116) Si veda in generale sul punto JACOBS, *The evolution of the European legal order*, in *CMLR*, 2004, p. 303 ss., p. 308.

(117) Sugli artt. 17 e 18 trattato CE, si veda in generale CONDINANZI, *Artt. 17-18*, in POCAR (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 134-141; CONDINANZI, LANG, NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003; LANG, *Artt. 17-18*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, pp. 248-257.

(118) Corte giust., 7 luglio 1992, in causa C-369/90, *Mario Vicente Micheletti e a. c. Delegacion del Gobierno en Cantabria*, in *Raccolta*, 1992-I, p. 4239 ss. Nel caso era in questione la libertà di stabilimento in Spagna di un soggetto titolare di cittadinanza argentina e italiana, per la previsione dell'art. 9, n. 9 del Código civil spagnolo, secondo la quale « Agli effetti del presente capitolo, le situazioni di doppia cittadinanza previste dalla legge spagnola saranno disciplinate in conformità alle disposizioni dei trattati internazionali e, in mancanza di disposizioni al riguardo, sarà data preferenza alla cittadinanza corrispondente all'ultima residenza abituale o, in difetto, all'ultima cittadinanza acquisita. In ogni caso, la cittadinanza spagnola prevarrà su tutte le altre non previste dalle nostre leggi o dai trattati internazionali. In ogni caso di cittadinanza doppia o più che doppia, senza che alcuna di esse sia quella spagnola, la legge applicabile è quella determinata al numero seguente », e per quella dell'art. 9, n. 10 secondo cui « sarà considerata come legge sullo stato delle persone degli apolidi o

Nel caso *D'Hoop* (119), la Corte ha poi affermato che la negazione del sussidio di disoccupazione, generalmente concesso dal Belgio ai giovani che abbiano completato gli studi e siano in cerca di prima occupazione, a una cittadina belga che aveva compiuto gli studi secondari in un altro Stato membro (Francia), pur non riguardando la libera circolazione dei lavoratori quale definita dall'art. 39 Trattato CE (120), né alcuno degli ambiti tradizionali del trattato, era comunque contraria ai principi su cui poggia lo *status* di cittadino dell'Unione, ovvero la garanzia del medesimo trattamento giuridico nell'esercizio della propria libertà di soggiornare nel territorio degli Stati membri (121).

Con riguardo alle connessioni tra le relazioni familiari e le prerogative derivanti dalla cittadinanza dell'Unione, la Corte ha poi precisato, nella sentenza *Carpenter* (122), che il diniego, da parte dello Stato di stabilimento di un prestatore di servizi comunitario del diritto di soggiorno al coniuge extracomunitario costituisce un ostacolo all'esercizio di libera prestazione dei servizi, configurando così il coniuge quale « fattore di realizzazione » del diritto di libera circolazione del cittadino dell'Unione.

delle persone la cui legge è indeterminata la legge del luogo della loro residenza abituale ». Sulla possibilità di estendere le rilevanti affermazioni della Corte circa il rapporto tra cittadinanza e libertà di stabilimento alla cittadinanza comunitaria, si veda in generale KOVAR, SIMON, *La citoyenneté européenne*, in *Cahiers dr. eur.*, 1993, pp. 285-315, p. 290 ss.

(119) Corte giust., 11 luglio 2002, in causa C-224/98, *Marie-Nathalie D'Hoop e Office national de l'emploi*, in *Raccolta*, 2002-I, pp. 6191-6226, par. 35.

(120) Si veda sul punto *amplius* l'analisi svolta dall'Avvocato Generale L.A. Geelhoed, nelle Conclusioni relative a Corte giust., 11 luglio 2002, in causa C-224/98, *D'Hoop*, cit., par. 27 ss.

(121) Tra l'altro, nell'analisi della proporzionalità del provvedimento, la Corte ha riconosciuto che era legittimo che il legislatore nazionale richiedesse un nesso reale tra il richiedente e il mercato del lavoro interessato, ma ha al contempo affermato che il requisito concernente il luogo di conseguimento del diploma di maturità presentasse un carattere troppo generico ed eccedesse quanto risultava necessario a perseguire l'obiettivo perseguito.

(122) Corte giust., 11 luglio 2002, in causa C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, in *Raccolta*, 2002-I, p. 6279 ss., par. 40.

In maniera analoga, nel caso *Baumbast* (123), la Corte ha stabilito che rappresenta un'ingerenza sproporzionata nell'esercizio del diritto di soggiorno conferito dall'art. 18, n. 1 del Trattato CE, la negazione da parte del Regno Unito del diritto di soggiorno a un cittadino tedesco che dispone di risorse sufficienti, ha risieduto legalmente in quello Stato per vari anni e ha sottoscritto per sé e per la sua famiglia un'assicurazione contro le malattie in un altro Stato membro dell'Unione (124). Svolgendo il ragionamento, che si fonda sul principio secondo cui « lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri », già affermato in precedenza (125), la Corte stabilisce in-

(123) Corte giust., 17 settembre 2002, in causa C-413/99, *Baumbast*, R. e Secretary of State for the Home Department, in *Raccolta*, 2002-I, p. 7091 ss. La sentenza in esame rileva tuttavia, non solo ai fini di precisare i diritti derivanti dalla cittadinanza europea, ma anche la compatibilità della legislazione inglese sull'immigrazione con gli artt. 17 e 18 trattato CE e con gli artt. 10-12 del regolamento 1612/68, e della direttiva del Consiglio del 28 giugno 1990, n. 90/364, a seguito del rinvio pregiudiziale proposto dall'*Immigration Appeal Tribunal*, adito dal Sig. Baumbast, cittadino tedesco, coniugato con una cittadina colombiana, e padre di figlie di nazionalità tedesca e colombiana, e dalla Signora R, cittadina americana, coniugata con un cittadino francese, e madre di due figlie titolari di cittadinanza francese e americana, al fine di ottenere il permesso di soggiorno per sé e per i propri figli. Le due cause, riunite dal giudice nazionale ai fini del rinvio pregiudiziale, riguardano tuttavia fattispecie diverse: nel caso R., si tratta di un divorzio tra un cittadino francese e una cittadina americana a seguito del quale le figlie hanno continuato a vivere con la madre; nel caso Baumbast, il padre, cittadino tedesco, si è trasferito in Regno Unito per motivi di lavoro ed è stato raggiunto dalla moglie, cittadina colombiana, dalla figlia della stessa, cittadina colombiana e dalla figlia dei coniugi, titolare di cittadinanza tedesca e colombiana. Nel caso *Baumbast*, appaiono inoltre particolarmente interessanti le conclusioni dell'Avv. Generale Geelhoed, par. 23, per l'affermazione dell'evoluzione del concetto di famiglia e della possibilità di equiparare al matrimonio altre relazioni che risultino però sufficientemente stabili.

(124) Corte giust., 17 settembre 2002, in causa C-413/99, *Baumbast*, cit., par. 92-93.

(125) Corte giust., 20 settembre 2001, in causa C-184/99, *Rudy Grzelczyk e Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, in *Raccolta*, 2001-I, pp. 6193-6249, par. 31: nel caso, l'applicazione del divieto di discriminazione era funzionale alla prerogativa, discendente dalla cittadinanza europea, della libertà di circolazione e soggiorno in Belgio di uno studente francese, e al conseguimento da parte di quest'ultimo del diritto al « minimo dei mezzi di sussistenza », c.d. « *minimex* », con-

fatti che « un cittadino dell'Unione europea che non benefici più nello Stato membro ospitante del diritto di soggiorno in qualità di lavoratore migrante può, in qualità di cittadino dell'Unione europea, ivi beneficiare del diritto di soggiorno in virtù dell'efficacia diretta dell'art. 18, n. 1, CE » (126).

Ed ancora, nella sentenza *Chen*, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha interpretato l'art. 18 del Trattato CE e la direttiva del Consiglio 28 giugno 1990, 90/364/CEE relativa al diritto di soggiorno, ai fini di conferire al cittadino minorenne in tenera età di uno Stato membro, coperto da un'adeguata assicurazione malattia, e a carico di un genitore cittadino di uno Stato terzo, le cui risorse siano sufficienti affinché il primo non divenga un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante, un diritto di soggiorno a durata indeterminata sul territorio di tale Stato, e di riconoscere analogo diritto al genitore che ha effettivamente la custodia di tale cittadino (127). Fondandosi sulla giurisprudenza precedentemente considerata, la Corte ha infatti affermato che « non spetta a uno Stato membro limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza al fine dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato » (128).

cesso dalla legge belga ai propri cittadini o ai soggetti in possesso dei requisiti di cui al reg. n. 1612/68.

(126) Corte giust., 17 settembre 2002, in causa C-413/99, *Baumbast*, cit., par. 94.

(127) Corte giust., 19 ottobre 2004, in causa C-200/02, *Man Lavette Chen, Kunqian Catherine Zhu c. Secretary of State for the Home Department*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9925 ss.

(128) Corte giust., 19 ottobre 2004, *Chen*, cit., par. 39: nel caso di specie tale limitazione veniva ritenuta possibile da parte del Regno Unito, in quanto si trattava del diritto di soggiorno di una bambina, figlia di cittadina cinese, e cittadina irlandese in quanto nata in Irlanda, ove la madre si era trasferita al termine della gravidanza. La Corte ha tuttavia respinto tali argomentazioni perché configurerebbe una limitazione della cittadinanza la negazione di una libertà fondamentale garantita dal diritto comunitario, per il solo fatto che l'acquisto della cittadinanza di uno Stato membro miri a procurare al cittadino di uno Stato terzo un diritto di soggiorno ai sensi del diritto comunitario.

Più in particolare, il riconoscimento degli *status* personali e familiari viene ribadito come principio fondamentale nelle sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di stato civile. Nella sentenza *Dafekei* (129), riguardante l'efficacia in Germania del documento attestante lo stato civile di una cittadina greca, rettificato con sentenza di un tribunale greco, e rilevante ai fini previdenziali, la Corte stabilì infatti che « le autorità amministrative e giudiziarie di uno Stato membro sono obbligate ad attenersi ai certificati e agli atti analoghi relativi allo stato civile che provengono dalle competenti autorità degli altri Stati membri, a meno che la loro esattezza non sia gravemente infirmata da indizi concreti in relazione al singolo caso considerato » (130). Evidente dunque il riferimento della Corte al principio generale del riconoscimento reciproco degli atti pubblici che attestino gli *status* personali (131), qualora lo stato civile dell'individuo sia il presupposto legittimante rispetto a una situazione giuridica soggettiva comunitaria (132).

Inoltre, nella più nota sentenza *Garcia Avello*, la Corte europea ha affermato che costituisce discriminazione in base alla cittadinanza e, come tale, violazione del diritto comunitario, il rifiuto da parte dell'autorità amministrativa di uno Stato membro di registrare i figli sotto il nome che avrebbero secondo le regole di altro Stato comunitario (133), al fine di garantire « la libera, ed eventualmente reiterata o addirittura continua, circolazione entro un unico "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" in cui siano assicurate tanto

(129) Corte giust., 2 dicembre 1997, in causa C-336/94, *Eftalia Dafekei c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*, in *Raccolta*, 1997-I, p. 6761 ss.

(130) Corte giust., 2 dicembre 1997, in causa C-336/94, *Dafekei*, cit., par. 19.

(131) Si veda in tal senso BARATTA, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 199.

(132) Conclusioni dell'Avv. gen. La Pergola, 3 dicembre 1996, in causa C-336/94, *Dafekei*, cit., p. 6: « (...) sarebbe contrario alla stessa idea di integrazione che un diritto esista e possa essere fatto valere in uno Stato membro e non in un altro per il fatto che lo stato civile dell'interessato (...) è soggetto a diverse valutazioni nell'ambito della Comunità (...) ».

(133) Corte giust., 2 ottobre 2003, in causa C-148/02, *Garcia Avello e Stato belga*, in *Raccolta*, 2003-I, p. 11613 ss., § 45.

la diversità delle culture quanto la mancanza di discriminazioni » (134).

Tali principi sono stati recentemente ribaditi nelle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs relativamente alla causa *Standesamt Stadt Niebüll* (135), ove si pone in discussione il fatto che lo Stato di cittadinanza di un cittadino dell'Unione (Germania) imponga, secondo le proprie regole di diritto internazionale privato, un cognome diverso da quello acquisito da tale individuo nello Stato di nascita e di residenza (Danimarca). Nelle conclusioni, si ribadisce tuttavia l'incompatibilità con lo *status* e i diritti derivanti dalla cittadinanza europea dell'obbligo a portare nomi diversi secondo le leggi di Stati membri differenti (136).

In conclusione, appare pertanto evidente che il consolidarsi, entro la giurisprudenza comunitaria, del principio del riconoscimento degli *status* personali e familiari dei cittadini europei, non può non influire anche sull'evoluzione dei modelli relativi al reciproco riconoscimento delle unioni civili, accolti entro i sistemi giuridici nazionali, pur non configurando un metodo autonomo di coordinamento tra ordinamenti (137), e dunque idoneo a creare regole di conflitto funzionali all'esercizio della libertà di circolazione, in quanto ancora non sufficientemente definito, quanto agli effetti.

Ciò, nonostante la presenza di indizi che denotano la formazione di una tendenza rilevante in materia, quale ad es. il lavoro svolto dal Gruppo europeo di diritto internazionale privato (138),

(134) Conclusione dell'Avvocato F. G. Jacobs a Corte giust., 2 ottobre 2003, in causa C-148/02, *Garcia Avello*, cit., par. 72.

(135) Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, 30 giugno 2005, in causa C-96/04, *Standesamt Stadt Niebüll*, consultabile all'indirizzo: <http://www.europa.eu.int>.

(136) Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, 30 giugno 2005, cit., p. 56.

(137) Come prospettato ad es. da BARATTA, *Verso la « comunitarizzazione »*, cit., p. 591 s.

(138) *Groupe européen de droit international privé, Quatorzième réunion Tenerife, 17-19 septembre 2004*, consultabile all'indirizzo: <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>. Non è inoltre definito l'ambito d'applicazione del metodo elaborato dal Gruppo eu-

secondo il quale la necessità di riconoscere il partenariato, con tutte le prerogative e i diritti dallo stesso derivanti negli Stati diversi da quello di costituzione, giustifica l'applicazione della legge del luogo di registrazione, anche a titolo sussidiario, laddove la legge regolatrice delle obbligazioni alimentari o la *lex successionis* non prevedano effetti equivalenti a quelli consentiti da tale disciplina.

9. *Influenza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e degli orientamenti comunitari sulla disciplina di conflitto delle unioni civili.*

L'analisi delle unioni civili, in quanto espressione di un diritto fondamentale dell'individuo, rivela una varietà di significati, condizionati ai differenti approcci propri delle fonti sino ad ora considerate. L'evoluzione in corso nei diversi ordinamenti di *civil law* e di *common law* contribuisce alla definizione di tale varietà ed influisce peraltro sulla preferenza, entro gli stessi, del modello più elastico, che renda possibile garantire in maniera ampia il diritto fondamentale dell'individuo ad intrattenere relazioni sentimentali, affettive, familiari con altri soggetti, nonché il riconoscimento uniforme degli *status* da esso derivanti.

La presente ricerca parte pertanto dalla considerazione che attualmente, a livello internazionale, le unioni civili sono riconosciute e in parte tutelate tramite le garanzie previste dagli artt. 8 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (139). Riconducendo gli istituti della convivenza in esame alla tutela della vita personale e familiare di ogni individuo, si evita infatti il problema di condizionarne le garanzie ad una difficile equiparazione con il matrimonio, ed inoltre si rapportano tali fatti-

ropeo di diritto internazionale privato, sia con riguardo all'applicabilità universale dello stesso, sia relativamente all'estensione dell'ambito d'applicazione oggettivo alle unioni di fatto.

(139) Sulle quali si vedano *supra* i par. 2-5 di questo capitolo.

specie all'autonomia dei singoli, con il vantaggio di evitare limitazioni nelle scelte che si pongono all'origine degli stessi.

Dalla considerazione che la garanzia di cui all'art. 8 della Convenzione di Roma del 1950 determina, a carico degli Stati, non solo gli obblighi negativi rivolti a proteggere l'individuo contro ingerenze arbitrarie, ma anche gli obblighi positivi diretti a garantire il rispetto effettivo della vita familiare, al fine di consentire ai singoli di avere una vita familiare normale, e che tali obblighi riguardano non solo lo Stato in cui il legame familiare è stato creato ma anche quelli in cui esso determina i suoi effetti (140), si conferma inoltre l'interesse all'analisi delle tematiche connesse alle unioni civili dal punto di vista del diritto internazionale privato (141).

Individuare il giudice competente (142) o la legge applicabile (143) ad una determinata questione sorta tra soggetti che intrattengono relazioni nel quadro delle unioni civili si configura dunque come uno strumento rivolto a contribuire alla realizzazione di un diritto fondamentale dell'individuo. Inoltre, poiché tra gli obblighi positivi incombenti sugli Stati per attuare l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ricorre anche quello di riconoscere le decisioni riguardanti gli attori della vita di relazione, quando quest'ultima si svolge entro diversi ordinamenti (144), è evidente che

(140) Sent. 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, cit., par. 31; sent. 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, cit., par. 50; 27 ottobre 1994, *Kroon c. Paesi Bassi*, cit., par. 31 ss.

(141) Si veda in generale sul punto MATSCHER, *Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Trav. com. fr.*, 1995-1998, pp. 211-234.

(142) Tale tema sarà oggetto di analisi nel capitolo III.

(143) Tale tema sarà oggetto di analisi nel capitolo IV.

(144) Sent. 25 gennaio 2000, *Ignaccolo Zenide c. Romania*, cit., par. 94 ss.: « (94) *That being so, it must be determined whether there has been a failure to respect the applicant's family life. The Court reiterates that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There are in addition positive obligations inherent in an effective "respect" for family life. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (...). As to the State's obligation to take po-*

anche la disciplina nazionale relativa al riconoscimento delle sentenze (145) può costituire un mezzo di tutela del diritto fondamentale dell'individuo.

L'esiguità delle regole di diritto internazionale privato codificate in materia dimostra tuttavia la scarsa attenzione degli Stati riguardo alla vita di relazione degli individui e all'attuazione degli obblighi imposti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Come si è detto (146), solo alcuni ordinamenti, tra quanti hanno regolato le unioni civili, hanno previsto norme di conflitto per aspetti specifici delle stesse, e di limitata applicazione.

Alla luce di tali considerazioni, la ricostruzione della disciplina concernente la competenza giurisdizionale, la legge applicabile e il riconoscimento di decisioni e provvedimenti in materia di unioni civili si configura come un contributo all'evoluzione normativa diretta alla realizzazione di un diritto fondamentale dell'individuo, contributo che appare peraltro particolarmente problematico

sitive measures, the Court has repeatedly held that Article 8 includes a parent's right to the taking of measures with a view to his or her being reunited with his or her child and an obligation on the national authorities to take such action (...). However, the national authorities' obligation to take measures to facilitate reunion is not absolute, since the reunion of a parent with children who have lived for some time with the other parent may not be able to take place immediately and may require preparatory measures to be taken. The nature and extent of such preparation will depend on the circumstances of each case, but the understanding and cooperation of all concerned are always an important ingredient. Whilst national authorities must do their utmost to facilitate such cooperation, any obligation to apply coercion in this area must be limited since the interests as well as the rights and freedoms of all concerned must be taken into account, and more particularly the best interests of the child and his or her rights under Article 8 of the Convention. Where contacts with the parent might appear to threaten those interests or interfere with those rights, it is for the national authorities to strike a fair balance between them (...). (95) Lastly, the Court considers that the positive obligations that Article 8 of the Convention lays on the Contracting States in the matter of reuniting a parent with his or her children must be interpreted in the light of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction ("the Hague Convention"). This is all the more so in the instant case as the respondent State is also a party to that instrument, Article 7 of which contains a list of measures to be taken by States to secure the prompt return of children ».

(145) Tale tema sarà oggetto di analisi nel capitolo V.

(146) Si veda sul punto *supra* il par. 4 del capitolo I.

nell'ambito dell'ordinamento italiano, ove alcun riconoscimento normativo è attualmente attribuito alle unioni civili.

L'oggetto della presente ricerca si inquadra dunque in una prospettiva evolutiva, in cui l'assenza di disciplina materiale e conflittuale per le unioni civili appare transitoria, non solo alla luce del sistema internazionale di tutela dei diritti dell'uomo, ma anche per gli stimoli derivanti dal diritto comunitario, nell'ambito del quale il riconoscimento delle unioni civili e la ricerca della loro disciplina, quale portato della tutela comunitaria della vita di relazione, appare sempre più come uno strumento funzionale alla libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione.

Deve infatti aggiungersi che alla materia dei rapporti tra conviventi la Commissione europea sta dedicando particolare attenzione. Nel solco delle conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere (15 e 16 ottobre 1999), che anche nel campo del diritto sostanziale ha invitato la Commissione a « procedere ad uno studio globale sulla necessità di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri in materia civile per eliminare gli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili » (147), la Commissione, nel quadro dell'estensione dell'azione comunitaria al diritto di famiglia (148), ha di recente affidato a un istituto di ricerca uno studio sui regimi matrimoniali delle coppie coniugate e sui rapporti patrimoniali tra conviventi nel diritto internazionale privato e nel diritto interno

(147) Consiglio europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, consultabili all'indirizzo: http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/oct99_it.htm#justice).

(148) Relativamente a tale azione, si veda, oltre al Regolamento Bruxelles II-bis, Regolamento (CE) 2201/2003 del 27 novembre 2003 (in *G.U.U.E.*, del 23 dicembre 2003 L 338, p. 1 ss.), il Libro verde sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio, doc. COM (2005) 82 def. del 14 marzo 2005, il Libro verde su successioni e testamenti, doc. COM (2005) 65 del 1° marzo 2005, il Libro verde sulle obbligazioni alimentari, doc. COM (2004) 254 def. del 15 aprile 2004, tutti consultabili all'indirizzo <http://europa.eu.int>, e la decisione che autorizza gli Stati membri a firmare la Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori (in vigore dal 1° gennaio 2002, ma non ratificata dall'Italia che l'ha soltanto sottoscritta), in *G.U.U.E.*, del 21 febbraio 2003 L 48.

degli Stati dell'Unione (149). Tale studio, apparentemente rivolto alla redazione di una apposita proposta di regolamento per l'armonizzazione dei principi di diritto internazionale privato e di diritto interno in queste materie, pone infatti in luce l'opportunità di fare uso dei poteri normativi dell'Unione al fine di limitare in maniera consistente il ricorso al principio dell'ordine pubblico nei singoli stati membri e di raggiungere un'adequata disciplina materiale e di conflitto delle unioni civili.

Inoltre, nell'ambito del *Programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale* (150), intrapreso a seguito delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, e del *Programma dell'Aja*, adottato dal Consiglio europeo del 4 e 5 novembre 2004 (151), altre norme utili alla disciplina dei differenti aspetti connessi alle unioni civili possono individuarsi innanzitutto nelle norme di procedura concernenti la risoluzione di controversie transfrontaliere riguardanti i crediti alimentari, che il Consiglio dovrebbe stabilire su proposta della Commissione e che dovranno riguardare anche i *partners* registrati o i conviventi, come evidenziato dal *Libro verde sulle obbligazioni alimentari* presentato dalla Commissione nel 2004 (152). In tale contesto emerge, infatti, secondo le

(149) Consortium Asser - UCL, *Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des États membres de l'Union européenne* (Offre n. JAI/A3/2001/03), consultabile all'indirizzo http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf.

(150) In G.U.C.E., n C 12 del 15 gennaio 2001. L'adozione di un atto diretto a regolare la materia familiare era peraltro già prevista dal Piano d'azione di Vienna del 1998, in G.U.C.E., n C del 23 gennaio 1999.

(151) Per l'attuazione del programma dell'Aja si veda il Piano d'azione del Consiglio e della Commissione, in G.U.U.E. n C 198 del 18 agosto 2005, p. 1.

(152) *Libro verde sulle obbligazioni alimentari* presentato dalla Commissione il 15 aprile 2004, COM (2004) 254 definitivo. Si veda inoltre la proposta di regolamento del Consiglio sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze e la cooperazione amministrativa in materia di obbligazioni alimentari (COM (2005) 649 def.).

indicazioni della Commissione di valutazione del primo quinquennio di attività normativa nel settore, la possibilità di un'estensione del principio del reciproco riconoscimento anche in « settori come (...) lo *status* civile delle persone, le relazioni familiari o civili (convivenze) » (153).

È infine probabile che altre disposizioni di conflitto concernenti le unioni civili vengano poste in essere seguendo le indicazioni del *Libro verde sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali* (154). Il nuovo documento, adottato per completare la regolamentazione contenuta nella proposta di regolamento comunitario diretta a modificare il regolamento 2201/2003 (155) per introdurre nuove norme di competenza giurisdizionale e disposizioni sulla legge applicabile in materia di divorzio (156), si inserisce nel più ampio programma rivolto a ridurre gli ostacoli alla libertà di circolazione delle persone, e corrisponde all'intenzione della Commissione di porre in essere, a tal fine, una progressiva disciplina comunitaria del diritto internazionale privato della famiglia. In particolare, l'assenza di disciplina comunitaria in materia di unioni civili, che solo per determinati aspetti, come si vedrà, possono trovare disciplina nel regolamento 2201/2003 e nel regolamento 44/2001 (157), ha indotto la Commissione europea ad affrontare tale

(153) Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: bilancio del programma di Tampere e nuovi orientamenti, COM (2004) 401 def. del 2 giugno 2004, consultabile all'indirizzo: <http://www.europa.eu.int>, p. 10.

(154) *Libro verde sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali*, presentato dalla Commissione il 17 luglio 2006, COM (2006) 400 definitivo, consultabile all'indirizzo: <http://www.europa.eu.int>. Su di esso si veda in generale POCAR, *Divorzi, fra coniugi di Stati diversi: verso l'addio al forum shopping*, in *Guida dir.*, 2006, p. 98 ss.

(155) Regolamento (CE) 2201/2003 del 27 novembre 2003, in *G.U.U.E.* del 23 dicembre 2003 L. 338, pp. 1-29 e in vigore dal 1° marzo 2005. Su di esso si ritornerà *infra* al cap. III.

(156) *Proposta di regolamento comunitario a modificazione del regolamento 2201/2003*, 17 luglio 2006, COM (2006) 399 definitivo, consultabile all'indirizzo: <http://europa.eu.int>.

(157) Regolamento (CE) 44/2001 del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia ci-

delicata materia nel *Libro verde*, invitando a presentare commenti e suggerimenti sia in materia di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni sia in materia di legge applicabile, con riguardo ai regimi matrimoniali e alle altre forme di unione.

vile e commerciale (in *G.U.C.E.*, n. L 12 del 16 gennaio 2001, pp. 1-23), in vigore dal 1° marzo 2002. Su di esso si ritornerà *infra* al par. 2 del capitolo III.

CAPITOLO III

PROBLEMI DI GIURISDIZIONE

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. Controversie proponibili riguardo alle unioni civili e interrelazione tra discipline di fonte diversa. — 2. (*Segue*): aspetti problematici. — 3. Norme generali di giurisdizione. — 4. Norme speciali di giurisdizione. Rapporti tra conviventi. — 5. (*Segue*): rapporti tra conviventi e figli. — 6. La proroga della giurisdizione italiana. — 7. Questioni pregiudiziali.

1. *Osservazioni introduttive. Controversie proponibili riguardo alle unioni civili e interrelazione tra discipline di fonte diversa.*

La possibilità che il giudice italiano sia chiamato a decidere sulle questioni sorte riguardo alle unioni civili e a determinarne la disciplina applicabile non è esclusa dall'assenza di norme specificamente rivolte a regolare tali fattispecie all'interno del sistema italiano di diritto internazionale privato.

In considerazione della diffusione di tali istituti in molti paesi, può accadere infatti che cittadini italiani concludano all'estero, tra di loro, o con un cittadino straniero, un patto di convivenza e che le questioni collegate allo stesso si pongano nel nostro paese, o che cittadini stranieri domiciliati o residenti in Italia si rivolgano ai nostri giudici per far valere i diritti derivanti da unioni registrate in un altro paese.

Tali questioni sorgono più frequentemente a seguito dello scioglimento di accordi di convivenza o di partenariati registrati (ad es. domanda di risarcimento dei danni, azioni alimentari, azioni concernenti l'affidamento dei figli, azioni relative alla divisione di proprietà comuni), ma non è escluso che si pongano indipendente-

mente da tale circostanza, sia nei rapporti tra i *partners* (ad es. per effetto di contratti aventi ad oggetto il trasferimento di proprietà dei beni dell'uno all'altro), sia con riguardo alle relazioni con i terzi (ad es. con riguardo alla responsabilità solidale dei *partners* per le obbligazioni concernenti la gestione ordinaria del *ménage*) (1).

Più difficile è invece affermare la competenza del giudice italiano in ordine allo scioglimento dei partenariati e degli accordi di convivenza. Al riguardo, occorre infatti considerare, da un lato, che tali istituti generalmente vengono meno a seguito della procedura prevista entro gli ordinamenti che li ammettono (2), che può anche fondarsi sull'intervento dell'autorità giudiziaria, come ad es. nel Regno Unito, secondo le previsioni del *Civil Partnership Act 2004* (§ 37) (3), in Finlandia, in base alle disposizioni della s. 7 dell'*Act on Registered Partnerships*, in Islanda e in Svezia per effetto dell'applicazione analogica delle disposizioni concernenti lo scioglimento del matrimonio (4), in Germania, secondo il § 606 ZPO, che stabi-

(1) Si veda in tal senso l'art. 515-4 della l. francese n. 99-944, secondo cui: « *Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte. Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun* ». Un problema particolare si pone poi per effetto della disposizione secondo cui la dichiarazione unilaterale di risoluzione del *pacs* non ha effetto se non dopo tre mesi dalla notifica al *partner* (art. 515-7), con riguardo alla responsabilità verso i terzi delle obbligazioni assunte nel corso di questo periodo in cui il *pacs* non è ancora definitivamente sciolto. e l'art. 1477, § 4 della l. belga, che si limita a disporre in linea generale: « *Toute dette contractée par l'un des cohabitants légaux pour les besoins de la vie commune et des enfants qu'ils éduquent oblige solidairement l'autre cohabitant. Toutefois, celui — ci n'est pas tenu des dettes excessives eu égard aux ressources des cohabitants* ».

(2) Tale è ad es. il caso dell'ordinamento belga in cui gli istituti della convivenza possono essere risolti tramite « *déclaration de cessation par consentement mutuel* », o « *déclaration unilatérale de cessation* » (art. 1476, § 2, *code civil*), del sistema giuridico francese, entro il quale è la dichiarazione congiunta o unilaterale ad individuarsi quale fonte di risoluzione di un *pacs* francese (art. 515-7 *code civil*), e anche dell'ordinamento lussemburghese, ove si riconosce valore risolutivo del partenariato a una dichiarazione di parte (art. 13 *Loi relative aux effets légaux des certains partenariats*).

(3) Sul quale si veda *infra* il par. 4 del capitolo V.

(4) Art. 8 l. islandese del 12 giugno 1996, n. 87; art. 4 della l. svedese del 23 giugno 1994 n. 1117.

lisce la competenza dei tribunali tedeschi a pronunciare lo scioglimento dei partenariati registrati dinanzi ad un'autorità tedesca (5), o in Portogallo, quando a seguito della dissoluzione di un'unione civile si intendano far valere i diritti dalla stessa derivanti (6), e, dall'altro lato, che non è facile che la giurisdizione italiana venga riconosciuta relativamente allo scioglimento di istituti che non trovano accoglimento entro la *lex fori*.

Alla luce di tali considerazioni, è pertanto evidente, che ad eccezione della questione concernente lo scioglimento delle unioni civili, generalmente sottoposta alla giurisdizione dell'ordinamento entro il quale tali istituti sono stati costituiti, c.d. *forum necessitatis* (7), previsto, appunto, per risolvere i problemi di riconoscimento internazionale del partenariato registrato, l'assenza di norme apposite rivolte a determinare la competenza del giudice italiano per gli altri aspetti concernenti gli istituti della convivenza ora in esame, non esclude che tale competenza si determini sulla base delle regole generali e speciali di giurisdizione, vigenti entro l'ordinamento italiano in un quadro normativo abbastanza complesso.

All'interrelazione tra la disciplina di diritto comune e quella di fonte convenzionale, particolarmente difficile con riguardo alla Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 (attualmente in vigore tra gli Stati membri dell'Unione europea da un lato e Svizzera, Norvegia e Islanda dall'altro) (8), in quanto rivolta a creare un si-

(5) Per alcune disposizioni analoghe, si veda l'art. 5 della l. danese del 7 giugno 1989, n. 372; l'art. 5 della l. norvegese del 30 aprile 1993, n. 4.

(6) L'art. 8 della lei n. 7/2001 dispone infatti: « (1) *Para efeitos da presente lei, a união de facto dissolve-se: a) Com o falecimento de um dos membros; b) por vontade de um dos seus membros; c) com o casamento de um dos membros.* (2) *A dissolução prevista na alínea b) do número anterior apenas terá de ser judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer direitos da mesma dependentes, a proferir na acção onde os direitos reclamados são exercidos, ou em acção que siga o regime processual das acções de estado.* ».

(7) Si veda in generale sul punto KESSLER, *Les partenariats enregistrés*, cit., p. 179 ss.; DEVERS, *Le concubinage*, cit., p. 321 ss., soprattutto per la ricostruzione del *forum necessitatis* entro l'ordinamento francese ove non è espressamente codificato.

(8) La Polonia aveva ratificato la Convenzione di Lugano il 1° novembre 1999 ma, come noto, è entrata a far parte dell'Unione europea il 1° maggio 2004.

stema analogo a quello della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (9), ma ormai non più in vigore (10), si accompagna infatti la coesistenza della regolamentazione di fonte comunitaria, relativamente ad alcune materie alla stessa riconducibili.

Ciò in ragione del fatto che da tempo è in corso il noto processo di « comunitarizzazione del diritto internazionale privato » (11), nell'ambito del quale rileva la nuova competenza norma-

(9) La versione della Convenzione, come modificata dalla Convenzione del 9 ottobre 1978 relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dalla Convenzione del 25 ottobre 1982 relativa all'adesione della Repubblica ellenica, dalla Convenzione del 26 maggio 1989 relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese, e dalla Convenzione del 29 novembre 1996 relativa all'adesione di Austria, Finlandia e Svezia è pubblicata in *G.U.C.E.*, n. C 27 del 26 gennaio 1998.

(10) Alla luce di tali considerazioni, mette anche conto rilevare che è da tempo iniziato un procedimento di revisione della Convenzione di Lugano, al fine di allineare le disposizioni della Convenzione al Regolamento CE 44/2001. Per l'affermazione della competenza esclusiva della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano, si veda il parere della Corte di giustizia del 7 febbraio 2006, n. 1/03, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 514 ss.

(11) In generale sul punto si veda: DE MIGUEL ASENSIO, *La evolución del derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam*, in *Rev. esp. der. int.*, 1998, p. 373 ss.; BORRÁS, *Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam*, *ivi*, 1999, p. 383 ss.; KOHLER, *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam*, in *Revue critique*, 1999, p. 1 ss.; BASEDOW, *The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; JAYME, *Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus*, in *IPRax*, 2000, p. 165 ss.; POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una « European Conflict of Laws Revolution »?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 873 ss.; ID., *La codification européenne du droit international privé: vers l'adoption de règles rigides ou flexibles vers les États tiers?*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 697-705; HESS, *Die Europäisierung des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag. Chancen und Gefahren*, in *NJW*, 2000, p. 23 ss.; BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del trattato CE*, in *Dir. UE*, 2001, p. 261 ss.; BOELE WOELKI-VAN OOIK, *The Communitarization of Private International Law*, in *YPIL*, 2002, p. 1 ss.; ROSSI L.S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla « comunitarizzazione » alla « costituzionalizzazione »*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 63 ss.

tiva attribuita alla Comunità dal Trattato di Amsterdam, specie all'art. 65 (12), confermato per questi aspetti dal Trattato di Nizza, al fine di attuare lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale con atti propri a efficacia diretta con il fine, tra l'altro, di agevolare l'esercizio effettivo delle libertà comunitarie di circolazione, residenza, lavoro, stabilimento e prestazione dei servizi, grazie al coordinamento delle giurisdizioni nazionali mediante regole identiche sulla competenza e all'efficacia generale dei giudizi da esse provenienti (13). Tali regole sono destinate ad applicarsi nei limiti dell'art. 69 Trattato CE; quest'ultimo fa salva l'operatività dei protocolli n. 4 e 5, che escludono in via di principio che Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca partecipino alle decisioni del Consiglio da adottarsi nell'ambito del titolo IV (14). Tra gli atti rivolti a realizzare tale procedimento, verranno dunque in rilievo alcuni regolamenti, strumenti normativi generalmente preferiti in questo contesto, in quanto di applicazione diretta negli ordinamenti interni e ivi prevalenti ed esclusivi nel loro ambito di applicazione: il Regolamento n. 44/2001 (15) che ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1968 in tutti gli Stati membri, inclusa la Danimarca, per effetto della decisione del Consiglio relativa alla conclusione di un accordo tra la Comunità e questo paese in materia (16), e il Regola-

(12) Sul quale si veda in generale CLERICI, *Art. 65*, in POCAR (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 308-313; BARATTA, *Art. 65*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 452 ss.

(13) Sulla comunitarizzazione del diritto internazionale privato in materia di rapporti di famiglia, si veda GAUDEMET-TALLON, *Droit privé et droit communautaire: quelques réflexions*, in *Rev. mar. comm.*, 2000, p. 228 ss.; DROUET, *La communautarisation de « Bruxelles II » chronique d'une mutation juridique*, *ivi*, 2001, p. 247 ss.

(14) In particolare, il primo prevede un sistema di *opting in* per Gran Bretagna e Irlanda, concedendo loro di notificare al Consiglio la volontà di partecipare all'adozione dell'atto (come sino ad ora accaduto), il secondo prevede per la Danimarca la facoltà di *opting out* in via preventiva e generale.

(15) Regolamento (CE) 44/2001 del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in *G.U.C.E.*, n. L 12 del 16 gennaio 2001, pp. 1-23), in vigore dal 1° marzo 2002.

(16) Decisione del Consiglio del 27 aprile 2006 relativa alla conclusione di un

mento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (17), discipline complementari (18) e per

accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, 2006/325 CE, in *G.U.U.E.*, n. L 120 del 5 maggio 2006, p. 22. Analogo atto era stato adottato, d'altra parte, per estendere alla Danimarca le disposizioni di cui al Regolamento n. 1348/2000 sulle notificazioni: si veda la decisione sulla firma dell'accordo tra la Comunità europea e la Danimarca, in *G.U.U.E.*, n. L 300 del 17 novembre 2005.

(17) Il Regolamento (CE) 2201/2003 del 27 novembre 2003 (in *G.U.U.E.* del 23 dicembre 2003 L. 338, pp. 1-29 e in vigore dal 1° marzo 2005) è noto come Regolamento Bruxelles II-*bis* perché sostituisce il « Regolamento Bruxelles II », ovvero il regolamento n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi (in *G.U.C.E.*, 30 giugno 2000 L 160, pp. 19-29, in vigore dal 1° marzo 2001), così denominato in quanto rivolto a riformulare il contenuto della Convenzione, relativa alle stesse materie (c.d. Bruxelles II, in *G.U.C.E.*, 26 gennaio 1998 C 27, pp. 1-19, quale ideale continuazione della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale), che il Consiglio aveva adottato il 28 maggio 1998, raccomandandone agli Stati membri l'approvazione secondo le proprie norme costituzionali, e mai entrata in vigore. Altri atti normativi sono stati adottati nell'ambito della c.d. « comunitarizzazione del diritto internazionale privato », quali ad es.: il Regolamento (CE) 1348/2000, del 29 maggio 2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale (in *G.U.C.E.*, del 30 giugno 2000 n. L. 160, pp. 37-43), in vigore a far data dal 31 maggio 2001; il Regolamento (CE) 1206/2001 del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale (in *G.U.C.E.*, n. L 174 del 27 giugno 2001, pp. 1-24), in vigore dal 10 luglio 2001; il Regolamento 743/2002, che ha istituito un quadro globale d'azione nel settore della cooperazione giudiziaria civile (in *G.U.C.E.*, del 1° maggio 2002, n. L 115), la proposta di Regolamento Roma I del 15 dicembre 2005, COM (2005) 650 def. Su di essi si veda in generale DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario: atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Torino, 2005; CARBONE S.M., FRIGO, FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004.

(18) Per la sostanziale complementarietà intercorrente tra la disciplina della competenza giurisdizionale e del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale, già evidenziata con riguardo alla convenzione stabilita sulla base dell'art. K3 del Trattato sull'Unione europea, concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali, dalla relazione elaborata da BORRÁS, in *G.U.C.E.*, n. C 221 del 16 luglio 1998, p. 27 ss., si veda MOSCONI, *Un*

certi aspetti suscettibili di essere coordinate, come si vedrà (19), in base al principio di specialità.

2. (Segue): *aspetti problematici*.

L'analisi delle controversie proponibili in ordine alle unioni civili e dei criteri per definire la competenza relativa alle stesse non può dunque prescindere dal coordinamento tra norme di fonte diversa, pur in assenza di regole espressamente codificate, entro l'ordinamento italiano, per tali istituti. Quanto al coordinamento di tali fonti pare opportuno ricordare che i Regolamenti, direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri (20), godono di una posizione di primato (21) e dunque prevalgono, nel loro ambito di applicazione, sulle norme interne, sia precedenti che successive; i trattati internazionali recepiti nel nostro ordinamento mediante ordine di esecuzione prevalgono sulle norme di legge ordinaria per effetto dell'art. 3, comma 1, l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, che ha modificato il titolo V della parte II della Costituzione, secondo cui la legislazione statale deve esercitarsi « nel rispetto dei vincoli internazionali » (22); peraltro, anche a prescindere dal rafforzamento, mediante garanzia costituzionale, del rango delle norme di esecuzione dei trattati, la loro specialità rispetto alle disposizioni di legge ordinaria è ribadita dall'art. 2, l. 31 maggio 1995, n. 218, secondo cui le disposizioni della stessa legge « non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia ».

confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 545 ss.

(19) Si veda sul punto *infra* il par. 2 di questo capitolo.

(20) Sulla nozione di diretta applicabilità si veda, per tutti, LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980.

(21) Come noto, il primato del diritto comunitario è stato affermato dalla Corte di Giustizia: Corte di giustizia CE, 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. Enel*, in *Raccolta*, 1964, p. 1129.

(22) Sulla portata della l. 18 ottobre 2001, n. 3 cfr. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro it.*, 2002, V, 229 ss.

Da tali premesse si ricava che, ai fini della disciplina della giurisdizione in tema di controversie collegate alle unioni civili, deve farsi riferimento, in primo luogo, ai regolamenti comunitari, richiamando le convenzioni internazionali e le norme di diritto internazionale privato nazionali solo nei casi non coperti dalla disciplina comunitaria.

Con riguardo ai regolamenti comunitari, mette innanzitutto conto rilevare che l'operatività del Regolamento n. 44/2001 può essere posta in discussione, sulla base della qualificazione delle unioni civili (23). L'equiparazione dei partenariati registrati ai matrimoni potrebbe infatti rendere difficile l'applicazione del Regolamento Bruxelles I, al fine di determinare la giurisdizione in ordine alle controversie concernenti lo scioglimento di tali rapporti, in considerazione del fatto che l'art. 1, par. 2, lett. a), esclude dal campo di applicazione di tale Regolamento « lo stato e la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale fra coniugi, i testamenti e le successioni », analogamente all'art. 1, par. 2, lett. a), della Convenzione di Bruxelles.

Tale orientamento, suggerito dalla dottrina dei paesi scandinavi (24), ma accolto anche entro altri ordinamenti per la difficoltà di individuare una nozione comunitaria di unioni civili (25), riguarda dunque la dissoluzione dei partenariati, ma anche le questioni di stato e capacità, quale ad es. il diritto al nome dei conviventi, la filiazione, non estendendosi invece agli aspetti ad essi connessi e suscettibili di una qualificazione comunitaria come ad es. le obbligazioni alimentari o la responsabilità non contrattuale.

Un altro problema, particolarmente delicato, riguarda poi l'applicabilità alle unioni civili del c.d. Regolamento Bruxelles II-*bis*, re-

(23) Sulla quale si veda *supra* il par. 5 del capitolo I e *infra* il par. 3 della I sezione del capitolo IV e il par. 1 della II sezione del capitolo IV.

(24) GOTTEBERG, *National Report, Finland*, in CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes*, cit., p. 50.

(25) DEVERS, *Le concubinage*, cit., p. 313 ss.

lativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

Mentre il Regolamento Bruxelles II (26) non si poteva ritenere in alcun modo applicabile ai partenariati (27), per la difficoltà di estendere ad essi le disposizioni rivolte ad istituti matrimoniali, in presenza di un orientamento molto chiaro della giurisprudenza comunitaria contraria ad includere nella nozione di matrimonio gli istituti della convivenza (28), diverso pare essere l'ambito operativo del Regolamento Bruxelles II-*bis* per varie ragioni.

Innanzitutto vi è il preciso riferimento letterale dell'art. 46, secondo il quale: « Gli atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro nonché gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine sono riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni previste per le decisioni » (29). Gli

(26) Sul quale, si veda in generale: ANCEL, MUIR WATT, *La désunion européenne: le Règlement dit « Bruxelles I »*, in *Revue critique*, 2001, p. 403 ss.; BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 298 ss.; MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 376 ss.; BARATTA, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 163 ss.; GAUDEMET, TALLON, *Le règlement n. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: « compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs »*, in *Clunet*, 2001, p. 381 ss.

(27) Si veda in tal senso GAUDEMET, TALLON, *Le règlement n. 1347/2000*, cit., p. 387; WAGNER, *Das neue Internationale*, cit., p. 287; ESPINOSA CALABUIG, *La responsabilidad parental y el nuevo reglamento de « Bruselas II-bis »: entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, pp. 735-782, p. 753; KESSLER, *Les partenariats enregistrés*, cit., p. 83; DEVERS, *Le concubinage*, cit., p. 309 ss.

(28) Corte di giustizia CE, 17 aprile 1986, in causa C-59/85, *Reed c. Paesi Bassi*, cit., par. 29, ove si afferma che la determinazione del significato di alcuni concetti del diritto di famiglia, utilizzati ma non definiti nella nozione comunitaria di familiare, deve avvenire secondo l'interpretazione autonoma, che tuttavia non consente di includervi il convivente *more uxorio*. Si veda sul punto *supra* il par. 7 del II capitolo.

(29) Si veda, nello stesso senso, il considerando n. 22 del Regolamento n. 2201/2003, secondo il quale: « gli atti pubblici e gli accordi tra le parti aventi effica-

« atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro » e gli « accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine » possono così definire, da un lato la fattispecie del partenariato registrato, e, dall'altro, quella degli accordi di convivenza. Ciò, nonostante il fatto che entro alcuni ordinamenti non appaia sicura l'applicabilità del Regolamento n. 2201/2003 ai partenariati registrati, come si deduce dalla circostanza che ad es. il *Civil Partnership Act 2004* (30) si riferisca al Regolamento in esame come modello per l'adozione di disposizioni nazionali rivolte a regolare la giurisdizione e il riconoscimento in materia di scioglimento dei partenariati (31).

cia esecutiva in uno Stato membro dovrebbero essere equiparati a "decisioni" ai fini dell'applicazione delle norme sul riconoscimento e l'esecuzione ».

(30) Sul quale si veda, in generale, il par. 2 del capitolo I.

(31) Così dispone infatti l'art. 219 (*Power to make provision corresponding to EC Regulation 2201/2003*): « (1) *The Lord Chancellor may by regulations make provision — (a) as to the jurisdiction of courts in England and Wales or Northern Ireland in proceedings for the dissolution or annulment of a civil partnership or for legal separation of the civil partners in cases where a civil partner — (i) is or has been habitually resident in a member State, (ii) is a national of a member State, or (iii) is domiciled in a part of the United Kingdom or the Republic of Ireland, and (b) as to the recognition in England and Wales and Northern Ireland of any judgment of a court of another member State which orders the dissolution or annulment of a civil partnership or the legal separation of the civil partners.* (2) *The Scottish Ministers may by regulations make provision — (a) as to the jurisdiction of courts in Scotland in proceedings for the dissolution or annulment of a civil partnership or for legal separation of the civil partners in such cases as are mentioned in subsection (1) (a), and (b) as to the recognition in Scotland of any such judgment as is mentioned in subsection (1) (b).* (3) *The regulations may in particular make provision corresponding to that made by Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27th November 2003 in relation to jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters.* (4) *The regulations may provide that for the purposes of this Part and the regulations "member State" means — (a) all member States with the exception of such member States as are specified in the regulations, or (b) such member States as are specified in the regulations.* (5) *The regulations may make provision under subsection (1) (b) and (2) (b) which applies even if the date of the dissolution, annulment or legal separation is earlier than the date on which this section comes into force.* (6) *Regulations under subsection (1) are to be made by statutory instrument and may only be made if a draft has been laid before and approved by resolution of each House of Parliament.* (7) *Regulations under subsection (2) are to be made by statutory instrument and may only be made if a draft has been laid*

La possibilità di richiamare il Regolamento Bruxelles II-*bis* in questa materia pare inoltre confermata sia dalla c.d. « intercambiabilità dei modelli familiari » cui il Regolamento pare ispirarsi (32), sia dal confronto con l'art. 13, par. 3, del Regolamento n. 1347/2000, c.d. Bruxelles II, ormai abrogato dal Regolamento n. 2201/2003, che si limitava ad equiparare alle decisioni « (...) gli atti pubblici formati ed aventi efficacia esecutiva in uno degli Stati membri, nonché gli accordi conclusi dinanzi ad un giudice in corso di giudizio ed esecutivi nello Stato membro d'origine ». È così chiaro che mentre l'art. 13, par. 3 del Regolamento n. 1347/2000 risultava applicabile, nell'ordinamento italiano, ad es. agli accordi tra coniugi omologati in sede di separazione consensuale, l'art. 46 del Regolamento n. 2201/2003 può ritenersi applicabile anche alle intese non omologate, dato che la nozione di « esecutorietà » può ricondursi alla vincolatività espressa, nel sistema italiano, dall'art. 1372 c.c.

Ma ciò che più rileva ai fini della presente indagine, è che il Regolamento n. 2201/2003 viene ad incidere, a differenza del Regolamento n. 1347/2000, sul settore della potestà genitoriale sui figli naturali, dato che, come precisato dal considerando n. 5, « per garantire parità di condizioni a tutti i minori, il presente regolamento disciplina tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, incluse le misure di protezione del minore, indipendente-

before and approved by resolution of the Scottish Parliament. (8) In this Part "section 219 regulations" means regulations made under this section ».

(32) Si veda in tal senso BARATTA, *Verso la « comunitarizzazione »*, cit., pp. 578-579, secondo il quale « la disciplina comunitaria promuove così la circolazione di modelli giuridici differenziati, considerati in principio equivalenti », rilevando particolarmente la previsione di alcune disposizioni, quale ad es. l'art. 25, secondo il quale non può costituire ostacolo al riconoscimento il fatto che la legge dello Stato membro richiesto non preveda per i medesimi fatti la separazione, il divorzio o l'annullamento del matrimonio. Significativo appare, al riguardo, anche l'orientamento del *Libro verde sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali*, cit., p. 3, secondo il quale: « *Afin que tous les aspects patrimoniaux du droit de la famille soient examinés, le livre vert appréhende les questions touchant à la fois aux domaines des régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des autres formes d'unions existantes* ».

mente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale » (33), con ciò dimostrando che il Regolamento Bruxelles II-*bis* corrisponde sia alla protezione del minore sancita dalla Carta dei diritti fondamentali (34), nel solco tracciato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (art. 3, par. 1), sia alla definizione di un nuovo concetto di responsabilità genitoriale, riferibile all'insieme dei diritti e degli obblighi relativi alla posizione giuridica del minore (35).

Infine, anche nella definizione delle regole di competenza, come si vedrà (36), il criterio ispirato al principio di prossimità (37), ovvero quello rivolto ad individuare la competenza delle autorità del paese con cui il minore ha un « legame particolare », si fonda sulla residenza abituale dei titolari della responsabilità genitoriale per definire tale legame, intendendo con ciò estendere l'applicabilità delle regole giurisdizionali comunitarie anche ai genitori conviventi. Appare dunque chiaramente il collegamento tra il fondamento funzionale delle regole di competenza e l'ambito d'applicazione del Regolamento Bruxelles II-*bis*. A tale riguardo, mette conto rilevare che tra gli accordi cui fa riferimento l'art. 46 del Regolamento n. 2201/2003, è possibile ricomprendere anche quelli relativi all'esercizio della potestà genitoriale, conclusi tra genitori

(33) Sull'applicabilità del Regolamento Bruxelles II-*bis* ai rapporti tra conviventi e figli, si veda: NICHOLLS, *Children and Bruxelles II*, in *Fam. Law*, 2001, pp. 368-372; ESPINOSA CALABUIG, *La responsabilidad*, cit., p. 738; MC ELEAVY, *Brussels II-bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition*, in *ICLQ*, 2004, pp. 503-512, p. 504; BARUFFI, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2005, p. 146. Nello stesso senso si veda inoltre il *Libro verde sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali*, cit., p. 10.

(34) L'art. 24, par. 2, della Carta dispone infatti: « In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente ».

(35) ESPINOSA CALABUIG, *La responsabilidad*, cit., p. 745; BARATTA, *Verso la « comunitarizzazione »*, cit., p. 581.

(36) Si veda sul punto *infra* il par. 5 di questo capitolo.

(37) Sul quale si veda in generale LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1986-I (196), pp. 9-238.

conviventi, superando così l'unica vera obiezione all'applicazione del Regolamento agli istituti della convivenza, ovvero la stretta connessione dallo stesso posta tra le domande relative alla responsabilità genitoriale e le domande di divorzio, separazione personale dei coniugi e annullamento del matrimonio (ad es. art. 12) (38).

Le questioni connesse alle unioni civili appaiono dunque sottoposte al regime comunitario per determinati aspetti. I rapporti tra i *partners* sono sottoposti al Regolamento Bruxelles II-*bis* solo per quanto attiene al riconoscimento automatico degli accordi di convivenza nei paesi dell'Unione; non pare infatti possibile applicare allo scioglimento degli accordi di convivenza i criteri comunitari in tema di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio.

I rapporti tra i *partners* e i figli risultano invece soggetti alla disciplina comunitaria sia per quanto attiene ai criteri di giurisdizione sia relativamente al riconoscimento. Relativamente a questi aspetti, l'ambito di applicazione della disciplina regolamentare è ulteriormente definito, *ratione personae*, in ragione di criteri che danno uguale rilevanza alla residenza o alla cittadinanza (o *domicile*) in o di uno Stato membro, assumendo quindi che la ripartizione della giurisdizione tra i giudici degli stessi si faccia secondo le regole comuni, cui è attribuito carattere esclusivo, seppur concorrente, e non derogabile per volontà delle parti (39).

Quanto al coordinamento tra i diversi regolamenti recanti discipline complementari, come appunto il Regolamento n. 44/2001 e il Regolamento n. 2201/2003, pare opportuno considerare l'esi-

(38) D'altra parte, la norma dell'art. 12, pur sancendo la possibilità di prorogare la competenza delle autorità competenti a decidere sulle domande di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio alle domande in tema di responsabilità genitoriale, contiene un curioso riferimento ai « titolari della responsabilità genitoriale », accanto ai coniugi, quali attori della proroga di giurisdizione.

(39) Le regole nazionali sulla giurisdizione continuano perciò a valere nei casi in cui residenza o cittadinanza non conducano al sistema di ripartizione della giurisdizione comunitaria integrata.

stenza di un eventuale rapporto di specialità dell'una disciplina rispetto all'altra, da valutarsi non già in termini generali, bensì con riguardo alla specifica questione oggetto di controversia (40).

Nel quadro dell'applicabilità del Regolamento n. 2201/2003 alla giurisdizione relativa alle controversie concernenti i figli dei conviventi, rileva, inoltre, la disciplina della litispendenza, ovvero del procedimento rivolto a coordinare l'esercizio della competenza delle differenti giurisdizioni, nel quadro dell'integrazione comunitaria, stabilendo che « qualora dinanzi a autorità giurisdizionali di Stati membri diversi siano state proposte domande sulla responsabilità genitoriale su uno stesso minore, aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita » (art. 19, par. 2). A seguito dell'accertamento della competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita si determina una dichiarazione di incompetenza dell'autorità successivamente adita e la possibilità per la parte che ha proposto la domanda davanti all'autorità successivamente adita di promuovere l'azione dinanzi all'autorità giurisdizionale previamente adita (art. 19 par. 3).

Al di là della soluzione accolta per la regolamentazione della litispendenza, analogamente a quanto previsto dalla Convenzione di Bruxelles e dal Regolamento n. 44/2001, significativo è, anche in questo caso, il confronto con la disciplina disposta relativamente alla litispendenza dal Regolamento n. 1347/2000, che si limitava a puntualizzarne l'applicabilità alle domande di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio (art. 11). Dall'ampliamento dell'ambito d'applicazione della disciplina alle domande concernenti la responsabilità genitoriale, è infatti possibile trarre

(40) Si veda in tal senso MARONGIU BUONAIUTI, *Obbligazioni alimentari e rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i Regolamenti « Bruxelles I » e « Bruxelles II »*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 699 ss. Per una diversa applicazione del principio di specialità si veda tuttavia Trib. Firenze (decr.), 20 maggio 2003, *ivi*, p. 737 ss.

ulteriore conferma della sottoposizione al Regolamento n. 2201/2003 delle controversie concernenti, in questa materia, i conviventi.

3. *Norme generali di giurisdizione.*

Le questioni sorte nell'ambito delle unioni civili possono essere proposte alla giurisdizione italiana innanzitutto in forza dei criteri generali di giurisdizione, previsti dall'art. 3, comma 1, l. n. 218/1995 (41), o in base all'accettazione della giurisdizione (art. 4) (42), fatto salvo in ogni caso il limite delle azioni reali concernenti beni immobili siti all'estero di cui all'art. 5, l. n. 218/1995.

Relativamente ai criteri di cui all'art. 3, si segnala come particolarmente positivo, in tema di unioni civili, il superamento del collegamento della cittadinanza a favore della residenza o del domicilio dei conviventi. Il primo criterio, suscettibile di estendere notevolmente la competenza del giudice nazionale, è generalmente criticato come esorbitante, ed è pertanto destinato a scomparire dalle regole di competenza dello spazio giudiziario europeo. Già l'art. 5, par. 2 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e della Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 non accetta, infatti, come criterio esclusivo di competenza la nazionalità del debitore o del creditore di alimenti relativamente alle azioni alimentari accessorie alle azioni di stato. In maniera analoga, l'art. 5 par. 2 del Regolamento n. 44/2001 dispone che la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro « in ma-

(41) Sull'art. 3, l. n. 218/1995, cfr. in generale: LUZZATTO, *Art. 3*, in *Commentario*, cit., p. 19 ss.; BROGGINI, *Art. 3*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 905 ss.; DI BLASE, *Art. 3*, *ibidem*, p. 910 ss.; CONETTI, *Art. 3*, in *Commento*, cit., p. 11 ss.

(42) Sull'art. 4, l. n. 218/1995, cfr. in generale: LUZZATTO, *Art. 4*, in *Commentario*, cit., p. 33 ss.; CARBONE S.M., *Art. 4*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 918 ss.; CONETTI, *Art. 4*, in *Commento*, cit., p. 16 ss.

teria di obbligazioni alimentari, davanti al giudice del luogo in cui il creditore di alimenti ha il domicilio o la residenza abituale o, qualora si tratti di una domanda accessoria ad un'azione relativa allo stato delle persone, davanti al giudice competente a conoscere quest'ultima secondo la legge nazionale, salvo che tale competenza si fondi unicamente sulla cittadinanza di una delle parti ».

Evidente pertanto che una domanda di alimenti collegata ad un'azione diretta all'accertamento dello *status* di convivente, non potrà essere proposta al giudice italiano, esclusivamente in base al collegamento della cittadinanza.

Ciò, a meno che non si ritenga possibile superare tale lacuna determinata dalla rilevanza assunta dalla residenza e dal domicilio, sempre con l'applicazione della norma generale, ed in particolare tramite l'operatività residuale del criterio di giurisdizione posto a chiusura dell'art. 3, par. 2, che per le materie non coperte dall'utilizzazione dei criteri tratti, a opera dello stesso articolo, dalle sezioni 2, 3 e 4 del Titolo II della Convenzione di Bruxelles del 1968, utilizza le norme sulla competenza interna così estendendo la giurisdizione, con riferimento all'art. 18 c.p.c. sul foro generale delle persone fisiche (43). Tale norma dispone infatti la competenza del giudice del domicilio dell'attore, nel caso in cui il convenuto non abbia residenza, domicilio e dimora in Italia, o nell'ipotesi in cui essa sia sconosciuta, delineando così un « foro generale della parte attrice in Italia » (44). È pertanto possibile che i soggetti domiciliati

(43) Tale pare essere infatti la soluzione generalmente accolta dalla giurisprudenza italiana: Cass. sez. un., 9 dicembre 1996, n. 10954, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 958 ss.; Cass., 12 settembre 1997, n. 9033, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2526 ss.; Cass. sez. un., 27 novembre 1998, n. 12056, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 601 ss.; Cass. sez. un., ord. 3 febbraio 2004, n. 1994, *ivi*, 2004, p. 1390 ss. Ciò, nonostante le indicazioni contrarie di parte della dottrina: LUZZATTO, *Art. 3*, cit., p. 31; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 115. Si veda inoltre in generale sul punto CONETTI, *La giurisdizione in materia di annullamento, separazione personale e divorzio*, in SICCHIERO (a cura di), *Separazione, divorzio, annullamento*, Bologna, 2005, p. 384.

(44) Trib. Catania, 20 dicembre 1999, in *Giur. Merito*, 2000, p. 545 ss.

in Italia convengano in giudizio i *partners* non residenti in Italia, indipendentemente dall'esistenza di legami effettivi tra il foro e la controversia, configurando così una competenza esorbitante del giudice italiano (45), da un lato, e, dall'altro, le premesse per una discriminazione indiretta o dissimulata, suscettibile di rilevare sia ai fini dell'art. 3 Cost., sia ai fini dell'art. 12 Trattato CE, secondo cui «è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità» (46), dal momento che si è da tempo affermato come «una normativa nazionale che preveda una distinzione basata sul criterio della residenza (...) rischia di operare principalmente a danno dei cittadini di altri Stati membri, poiché i non residenti sono il più delle volte cittadini di detti Stati, e può così costituire una discriminazione indiretta in base alla cittadinanza (47).

Secondo l'art. 4, l. n. 218/1995, la giurisdizione italiana in materia di controversie concernenti le unioni registrate e gli accordi di convivenza può poi sussistere «se le parti l'abbiano convenzionalmente accettata e tale accettazione sia provata per iscritto, ovvero il convenuto compaia nel processo senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo».

Può dunque essere la volontà dei *partners* a fondare la competenza del giudice italiano ad esaminare le controversie nascenti

(45) STARACE, *La disciplina dell'ambito della giurisdizione*, in *CorG*, 1995, p. 1236.

(46) Sul punto si veda in generale: LENAERTS, *L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples*, in *Cahiers dr. eur.*, 1991, p. 3 ss.; DASHWOOD, O'LEARY (eds.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, London, 1997, p. 1 ss.; GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 85.

(47) Corte giust. CE, 23 gennaio 1997, in causa C 29/95, *Eckehard Pastoors e Trans-Cap GmbH c. Belgio*, in *Raccolta*, 1997, p. I-285 ss., punto 17. Sulla rilevanza del principio di non discriminazione nel diritto internazionale privato, si veda WENGLER, *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, in *Revue critique*, 1963, p. 203 ss.; CLERICI, *Criteri di parità e principio di eguaglianza nel disegno di legge*, in GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale*, *Raccolta in ricordo di E. Vitta*, Milano, 1994, p. 325; BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, p. 271 ss.

dalla loro unione, secondo il modello positivo di « contratto giudiziario » (48), in base al quale la volontà delle parti influisce sulla determinazione della competenza ai giudici di un determinato Stato altrimenti non fondata su altre norme ivi vigenti. In tal senso è chiara la disposizione dell'art. 4, comma 1, l. n. 218/1995, che precisa i requisiti formali di tale *electio fori*, consistenti, qualora si tratti di accettazione espressa, della forma scritta *ad probationem*, e, qualora si tratti di accettazione c.d. tacita o implicita, della « mancata eccezione del difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo da parte del convenuto che sia comparso nel processo ».

Relativamente all'accettazione espressa, vi è da rilevare che il requisito della *forma ad probationem*, suscettibile di essere soddisfatto, nel caso di specie, mediante una clausola inserita nell'accordo di convivenza, può essere oggetto di attenzione non solo in sede di competenza diretta o giurisdizionale da parte del giudice investito della controversia nell'*electio fori*, ma anche in sede di competenza c.d. indiretta o internazionale, ovvero in sede di valutazione dei requisiti richiesti ai fini del riconoscimento di una decisione concernente unioni registrate o accordi di convivenza, secondo quanto prevede ad es. l'art. 64, lett. a) della l. n. 218/1995. In tal caso, si delinea un'eccezione alla regola per cui è la *lex fori* dello Stato rispetto al quale la deroga produce effetti a venire in considerazione, perché si tratta di riconoscere la sentenza in ordine alla quale rileva la competenza del giudice straniero (49).

Relativamente all'accettazione tacita, i problemi interpretativi derivano principalmente dalla difficoltà di coordinare la disposizione dell'art. 4 con l'art. 11, l. n. 218/1995, quanto al momento in cui va proposta l'eccezione di incompetenza, rilevante ai fini della definizione dell'accettazione tacita della giurisdizione. L'art. 11 prevede, infatti, che, oltre alle ipotesi in cui il difetto di giurisdizione

(48) FRAGISTAS, *La compétence internationale en droit privé*, in *Recueil des Cours*, 1961-III (104), p. 165 ss.

(49) Si veda in generale sul punto LUZZATTO, *Art. 4*, cit., p. 33 ss.

può essere rilevato d'ufficio (contumacia del convenuto, azioni reali aventi ad oggetto beni immobili siti all'estero, esclusione della giurisdizione italiana per effetto di una norma internazionale), quest'ultimo possa essere eccepito dal convenuto costituito che non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana « in qualunque stato e grado del giudizio ». L'art. 4, comma 1, prevede invece che il difetto di giurisdizione debba essere eccepito nel primo atto difensivo. Tale contrasto pare tuttavia risolto in favore della prevalenza dell'art. 4 (50), in ragione dell'influenza decisiva che sull'elaborazione dello stesso ha svolto il modello della Convenzione di Bruxelles del 1968, secondo cui il difetto di giurisdizione viene rilevato d'ufficio dal giudice se il convenuto non si è costituito (art. 20, comma 1), oppure in relazione a controversie per le quali l'art. 16 prevede una competenza esclusiva (art. 19, comma 1); se invece il convenuto si è costituito, l'art. 18 della Convenzione stabilisce che, salvo nei casi di competenza esclusiva, il giudice adito diviene competente se la costituzione non è avvenuta per eccepire l'incompetenza, ovvero se nella comparsa di costituzione non sia stata formulata dal convenuto l'eccezione del difetto di giurisdizione (51).

La volontà delle parti può inoltre rilevare ai fini di derogare alla giurisdizione italiana. Relativamente alle controversie proponibili in relazione alle unioni civili, tale ipotesi appare necessariamente limitata dall'oggetto di tali controversie, che risulta in linea generale riconducibile all'ambito d'applicazione escluso dall'operatività della deroga, sulla base della disciplina dell'art. 4, commi 2 e 3, l. n. 218/1995, secondo la quale la deroga non può riguardare una controversia concernente diritti indisponibili, quali appunto i

(50) CARBONE S.M., *Art. 4*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 918 ss.; CONETTI, *Art. 11*, in *Commento*, cit., p. 32 ss.

(51) Su altri problemi di coordinamento della disciplina dell'accettazione tacita della giurisdizione con il c.p.c., si veda CONSOLO, *Preclusione delle eccezioni in senso stretto, c.d. accettazione tacita e difetto di giurisdizione italiana*, in *Nuovi Problemi di diritto processuale civile internazionale*, Padova, 2002, p. 256 ss.

diritti relativi allo *status* di una persona. Tuttavia una limitata applicabilità della deroga alla giurisdizione italiana può ipotizzarsi con riferimento alla disciplina prevista dall'art. 15 del Reg. n. 2201/2003, che dispone un'eccezione al criterio di competenza individuato dalla residenza del minore, allo scopo di creare una disciplina generale della competenza a conoscere le domande in materia di responsabilità genitoriale sui minori, basata sul criterio di prossimità e di interesse del minore. Evidente dunque che, qualora si verifichi una controversia relativa alla responsabilità genitoriale dei conviventi, se la residenza del minore è posta in Italia, il Regolamento Bruxelles II-*bis* consentirà di derogare alla giurisdizione italiana, qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 15: richiesta di una parte; iniziativa dell'autorità giurisdizionale; iniziativa dell'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con cui il minore abbia un legame particolare, sulla base degli indizi del par. 3 dell'art. 15 (Stato di residenza abituale del minore, paese di cittadinanza del minore, residenza dei genitori, ecc.).

Infine, mette conto rilevare che, qualora l'*electio fori* relativa ad una controversia concernente le unioni civili, rilevi, in via indiretta, in sede di riconoscimento di una decisione italiana in materia, secondo un procedimento che preveda il controllo di competenza del giudice che ha pronunciato la sentenza da riconoscere secondo le regole dello Stato in cui la sentenza deve produrre i suoi effetti (52), saranno queste ultime regole ad essere richiamate ai fini di valutare la validità e la portata dell'*electio fori*.

4. *Norme speciali di giurisdizione. Rapporti tra conviventi.*

Nel sistema italiano di diritto internazionale privato non sono presenti regole di giurisdizione specialmente rivolte alle controver-

(52) Al riconoscimento delle decisioni concernenti i partenariati registrati e gli accordi di convivenza sarà dedicato il capitolo V.

sie che si pongono in relazione alle unioni civili. Tuttavia è possibile fare riferimento ad alcune disposizioni speciali per alcune questioni suscettibili di essere ricomprese nell'ambito d'applicazione delle stesse.

Così è evidente come l'eventuale domanda di alimenti, azionata da un convivente nei confronti dell'altro ricada nelle regole speciali di giurisdizione. Viene a tale riguardo in rilievo sia la disciplina di cui all'art. 5, n. 2 della Convenzione di Lugano del 1988 (nei rapporti con *partners* svizzeri, islandesi e norvegesi), sia la disposizione dell'art. 5, n. 2 del regolamento (CE) n. 44/2001, che ha sostituito, come si è visto (53), la Convenzione di Bruxelles, in tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Secondo tali disposizioni, è sufficiente che il creditore di alimenti abbia il domicilio o la residenza abituale in Italia per fondare la competenza del giudice italiano, comunque competente qualora la domanda di alimenti si configuri in maniera accessoria rispetto ad un'azione relativa allo stato delle persone in base alla legge nazionale. Per i crediti alimentari sorti nel quadro di unioni civili non localizzate entro i sistemi appena considerati, valgono invece le regole di giurisdizione poste dalla Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari (54), nelle relazioni con gli Stati che aderiscono a tale Convenzione, a condizione che si ritenga possibile ricondurre partenariati e accordi di convivenza alle *relations de famille*, che definiscono l'ambito d'applicazione della disciplina convenzionale (art. 1) (55). Tali regole si fondano sulla residenza abituale o sulla nazionalità del debitore o del creditore di alimenti, o sull'accettazione della competenza da parte del convenuto (art. 7).

(53) Si veda sul punto *supra* il par. 1 di questo capitolo.

(54) Convenzione resa esecutiva in Italia con l. 24 ottobre 1980, n. 745, in *G.U.* 12 novembre 1980 n. 310 suppl.

(55) Tale orientamento è generalmente seguito in dottrina. Si veda in tal senso GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple*, cit., p. 164; SIEHR, *Family Unions*, cit., p. 423.

Si tratta dunque di un quadro normativo alquanto complesso, nell'ambito del quale è inoltre probabile sia una riforma ad opera della Conferenza dell'Aja, sia un intervento normativo comunitario, nel quadro del *Programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale*, intrapreso, come si è visto (56), a seguito delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, secondo le esigenze evidenziate dal *Libro verde sulle obbligazioni alimentari* presentato dalla Commissione nel 2004, e dalla proposta di Regolamento elaborato in materia dal Consiglio (57).

L'azione per far valere l'eventuale responsabilità di uno dei conviventi nei confronti dell'altro, in caso di rottura unilaterale della convivenza (58), può essere sottoposta al giudice italiano ove siano localizzabili in Italia i criteri di cui agli artt. 5, nn. 1 e 3 del regolamento 44/2001: luogo di esecuzione dell'obbligazione, luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire (59). Ed ancora, l'azione di divisione della proprietà relativa a un immobile comune sito in Italia si può instaurare dinanzi al giudice italiano, secondo quanto prevede l'art. 16, n. 1 della Convenzione di Lugano del 1988 nelle relazioni con *partners* svizzeri, islandesi o norvegesi, o l'art. 22 del Regolamento n. 44/2001 per i rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea.

Nei rapporti con *partners* svizzeri, islandesi o norvegesi, possono, d'altra parte, venire in rilievo le analoghe disposizioni della

(56) Si veda sul punto *supra* il par. 9 del capitolo II.

(57) *Libro verde sulle obbligazioni alimentari* presentato dalla Commissione il 15 aprile 2004, COM (2004) 254 definitivo; proposta di regolamento del Consiglio sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze e la cooperazione amministrativa in materia di obbligazioni alimentari (COM (2005) 649 def.), consultabili all'indirizzo: <http://www.europa.eu.int>.

(58) Per la qualificazione contrattuale della rottura unilaterale del *pacs* francese, si veda la *décision* del *Conseil Constitutionnel*, del 9 novembre 1999, cit., p. 16962, che tuttavia pare favorevole alla qualificazione del *pacs* nell'ambito dello statuto personale.

(59) Cfr. sul punto DE CESARI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 66 ss.; CARBONE S.M., FRIGO, FUMAGALLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 16 ss.

Convenzione di Lugano, applicabile agli Stati non appartenenti all'Unione europea secondo quanto prevede l'art. 54. Si deve dunque fare riferimento all'art. 5, n. 1 e n. 3 per l'azione di responsabilità, in caso di rottura unilaterale dell'accordo di convivenza o del partenariato, e all'art. 16, n. 1 per l'azione di divisione della proprietà comune.

5. (Segue): *rapporti tra conviventi e figli*.

Relativamente alla filiazione e ai rapporti personali tra genitori e figli, rileva innanzitutto la norma dell'art. 37 della l. n. 218/1995, secondo la quale la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dagli artt. 3 e 9 della medesima legge, anche quando uno dei genitori o il figlio è cittadino italiano o risiede in Italia (60).

Quanto all'affidamento dei figli dei conviventi, si pone l'alternativa tra le regole speciali di giurisdizione di cui all'art. 42 della l. n. 218/1995, che richiama in ogni caso la Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, resa esecutiva con la l. 24 ottobre 1980, n. 742 (61), e le norme del Regolamento n. 2201/2003 (art. 8, art. 13, art. 15).

(60) Sull'art. 37, si veda in generale CARELLA, *Art. 37*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 1200 ss.; CAMPIGLIO, *Art. 37*, in *Commentario*, cit., p. 190 ss.; CONNETTI, *Art. 37*, in *Commento*, cit., p. 149.

(61) In G.U., 12 novembre 1980, n. 310 suppl. Le norme di attuazione sono contenute nella l. 15 gennaio 1994 n. 64, in G.U., 29 gennaio 1994 n. 23 suppl. Varie sono state le critiche al richiamo di tale Convenzione ad opera dell'art. 42, riconducibili al fatto che, all'epoca dell'entrata in vigore della legge, essa era oggetto di revisione in sede internazionale, a seguito della quale è stata adottata una nuova Convenzione dell'Aja, del 19 ottobre 1996, sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità dei genitori e di misure di protezione dei minori, che l'Italia ha soltanto sottoscritto in data 1° aprile 2003, ma in vigore tra: Australia, Ecuador, Estonia, Lettonia, Lituania, Marocco, Monaco, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca e Slovenia. Si veda in generale sul punto: MOSCONI, *La protezione dei minori*, in SALERNO (a cura di), *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, Atti del Convegno di Studi organizzato dall'Università di Reggio Calabria, Padova, 1997, pp. 59-78, p. 77; LAGARDE, *La*

Qualora non si ritenga possibile richiamare il Regolamento Bruxelles II-*bis* relativamente alla responsabilità genitoriale dei conviventi (62), è opportuno fare riferimento alla Convenzione dell'Aja del 1961, generalmente applicabile ai minori aventi la residenza negli Stati contraenti (art. 13). Secondo l'art. 1 di questa Convenzione, la competenza ad adottare le misure tendenti alla protezione della persona o dei beni del minore si individua innanzitutto in base al criterio della residenza abituale del minore, fatte salve le disposizioni di cui agli artt. 3, 4 e 5 che prevedono l'operatività residuale di altri collegamenti, quale ad es. la cittadinanza o la precedente residenza del minore in caso di trasferimento di residenza. È pertanto evidente che, qualora la residenza del minore figlio di due conviventi si trovi in Italia, il giudice italiano potrà ritenersi competente in ordine al richiesto affidamento dello stesso; in maniera analoga, la giurisdizione italiana potrà affermarsi relativamente al diritto di visita ad un minore italiano, figlio di una coppia italo-francese.

Se invece, come auspicabile, si ritiene di fare riferimento al Regolamento n. 2201/2003 anche in ordine ai figli dei conviventi, la competenza del giudice italiano si può affermare se in Italia il minore risiede abitualmente (art. 8), oppure, in caso di indeterminabilità della residenza, se il minore si trova in Italia (art. 13), o ancora se risulta che il minore ha un « legame particolare » con lo Stato italiano, definendosi quest'ultimo con riguardo alla residenza

nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs, in *Revue critique*, 1997, p. 217 ss.; HONORATI, *Art. 42*, in *Commentario*, cit., p. 209 ss.; FRANCHI, *Art. 42*, in *Legge 31 maggio 1995*, n. 218, cit., p. 1235 ss.; TONOLO, *Art. 42*, in *Commento*, cit., p. 175 ss.; PICONE, *La nuova convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, in *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003, p. 505 ss. Per quanto riguarda gli Stati membri dell'Unione europea mette conto rilevare la decisione del Consiglio del 19 dicembre 2002 che autorizza, seguendo il procedimento dell'art. 300 del trattato CE, gli Stati membri a firmare, nell'interesse della Comunità, la Convenzione dell'Aja del 1996, in *G.U.U.E.*, L 48 del 21 febbraio 2003, p. 1 ss. Sul punto BORRÁS, *Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con Stati terzi*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato*, cit., p. 466.

(62) Si veda tuttavia sul punto il par. 2 di questo capitolo.

abituale del minore dopo la proposizione della domanda, alla precedente residenza abituale del minore, alla cittadinanza del minore, alla residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale, alla presenza in Italia di beni, oggetto della causa concernente ad es. la protezione di essi (art. 15) (63).

Si porrà poi il problema di determinare la disciplina di tali questioni, con il rischio che ragioni di ordine pubblico impediscano l'applicazione di ordinamenti che riconoscono ai *partners* diritti c.d. « genitoriali » (64) nei confronti dei figli non propri (65).

L'ampia previsione della giurisdizione italiana in materia di adozione nell'ambito dell'art. 40, l. n. 218/1995 (66) pone le premesse perché il giudice italiano si debba confrontare con il problema dell'adozione delle persone non coniugate, dato che, come si è detto, molte leggi straniere concernenti le unioni civili prevedono la possibilità che i *partners* pongano in essere procedimenti di adozione. È infatti sufficiente che l'adottante sia residente in Italia per fondare la competenza del giudice italiano; si tratterà poi di vedere se quest'ultimo potrà pronunciare un'adozione ai sensi della legge nazionale dell'adottante (come ad es. secondo la legge danese sulle convivenze registrate che ammette l'adozione del figlio del *partner*, o secondo la legge catalana che consente ai conviventi l'adozione congiunta) (67),

(63) A favore dell'applicazione del Regolamento Bruxelles II-*bis* alla responsabilità genitoriale dei conviventi, da ritenersi preferibile a quella della Convenzione dell'Aja del 1961 potrebbe inoltre porsi una lettura evolutiva della disciplina da quest'ultima prevista che, nel quadro della revisione operata dalla Convenzione dell'Aja del 1996, era già stata uniformata alle disposizioni del progetto di Convenzione Bruxelles II, seppure sempre con riguardo all'estensione della competenza del giudice del divorzio. Su tale ultimo aspetto, si veda *amplius* PICONE, *La nuova convenzione*, cit., p. 522 ss.

(64) KESSLER, *Les partenariats*, cit., p. 333.

(65) Si ritornerà ampiamente sul punto *infra* al par. 2 della II sezione del capitolo IV.

(66) Sull'art. 40 si veda in generale CAFARI PANICO, *Art. 40*, in *Commentario*, cit., p. 201 ss.; FRANCHI, *Art. 40*, in *Legge 31 maggio 1995*, cit., p. 1210 ss.; TONOLO, *Art. 40*, in *Commento*, cit., p. 164 ss.

(67) Si veda sul punto *supra* il par. 2 del capitolo I.

dato che la legge italiana ammette l'adozione delle persone non coniugate solo in casi particolari (68).

Infine, le azioni esercitate a tutela delle obbligazioni alimentari esistenti nei rapporti tra conviventi e figli possono essere instaurate dinanzi al giudice italiano secondo le regole speciali di giurisdizione, individuate all'esito del coordinamento di discipline di fonte diversa. Viene a tale riguardo in rilievo sia la disciplina di cui all'art. 5 n. 2 della Convenzione di Lugano del 1988 (nei rapporti con svizzeri, islandesi e norvegesi), sia la disposizione dell'art. 5 n. 2 del regolamento (CE) n. 44/2001, che ha sostituito la Convenzione di Bruxelles, in tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Secondo tali disposizioni, è sufficiente che il creditore di alimenti abbia il domicilio o la residenza abituale in Italia per fondare la competenza del giudice italiano, comunque competente qualora la domanda di alimenti si configuri in maniera accessoria rispetto ad un'azione relativa allo stato delle persone in base alla legge nazionale.

Per i crediti alimentari sorti tra genitori e figli, nel quadro di unioni civili non localizzate entro i sistemi appena esaminati, valgono le regole di giurisdizione poste dalla Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari, nelle relazioni con gli Stati che aderiscono a tale Convenzione, dal momento che nell'ambito d'applicazione oggettivo della medesima si possono certamente ricomprendere le obbligazioni alimentari tra i conviventi e i loro figli, secondo quanto prevede l'art. 1. Accanto a tale ultima Convenzione, occorre tuttavia ricordare anche l'esistenza della Convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari nei confronti dei minori (69).

(68) Si veda *amplius* sul punto *infra* il par. 3 della II sezione del capitolo IV.

(69) Convenzione resa esecutiva in Italia con l. 4 agosto 1960, n. 918, in *G.U.*, n. 214 del 2 settembre 1960.

Il problema del coordinamento di questa Convenzione con quella del 1958 si pone perché non tutti gli Stati aderenti alla Convenzione del 1958 hanno ratificato quella del 1973 (70), e l'ambito d'applicazione oggettivo di entrambe pare idoneo a regolare le obbligazioni alimentari esistenti tra conviventi e figli (71). Si tratta tuttavia di un coordinamento che non presenta particolari difficoltà, dato che il sistema della competenza dalle stesse individuato ai fini di facilitare il riconoscimento delle decisioni aventi ad oggetto obbligazioni alimentari appare analogamente fondato sulla residenza del debitore e del creditore di alimenti (art. 3, n. 1 e n. 2 della Convenzione del 1958, e art. 7, n. 2 della Convenzione del 1973), aggiungendosi soltanto la nazionalità di tali soggetti come criterio rilevante nel quadro della Convenzione del 1973. Anche in questa materia, come già si è visto relativamente alle obbligazioni alimentari sorte nelle relazioni tra i conviventi (72), è tuttavia probabile l'elaborazione di una nuova regolamentazione internazionaleprivatistica più organica ad opera della Conferenza dell'Aja, o di un intervento normativo comunitario, nel quadro del *Programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale*, intrapreso, come si è visto, a seguito delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, secondo le esigenze evidenziate

(70) La Convenzione dell'Aja del 1973 è in vigore in: Australia, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lituania, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Slovacca, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia. La Convenzione del 1958 è invece in vigore in: Austria, Belgio, Repubblica Ceca, Cina, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Italia, Liechtenstein, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica Slovacca, Spagna, Suriname, Svezia, Svizzera, Turchia, Ungheria.

(71) L'art. 1 della Convenzione dell'Aja del 1958 e della Convenzione dell'Aja del 1973 definiscono infatti chiaramente il loro ambito d'applicazione con analogo riferimento ai minori legittimi, naturali, e adottivi; la Convenzione dell'Aja del 1958 riduce tuttavia il proprio raggio d'azione ai « minori, non sposati e di età inferiore ai ventuno anni compiuti ».

(72) Si veda sul punto *supra* il par. 4 di questo capitolo.

dal *Libro verde sulle obbligazioni alimentari* presentato dalla Commissione nel 2004 (73).

6. *La proroga della giurisdizione italiana.*

La competenza del giudice italiano in ordine alle controversie collegate alle unioni civili può essere inoltre definita per effetto della volontà dei *partners*, espressa secondo il modello della proroga di giurisdizione, ovvero quello secondo il quale la scelta degli stessi si rivolge alle competenze considerate entro un determinato sistema, eliminando le altre in favore di quella, che, appunto, per loro scelta diventa esclusiva.

Tale modello, che era già presente nel sistema italiano di diritto internazionale privato processuale per effetto della disciplina delle convenzioni di Bruxelles e Lugano (artt. 17 e 18), è ora ribadito dalle previsioni del Reg. n. 44/2001 (artt. 23 e 24). L'art. 23 del Regolamento, come già l'art. 17 della Convenzione di Bruxelles, prevede infatti l'operatività della proroga espressa di giurisdizione, ovvero l'accordo preventivo con cui le parti devolvono la competenza a conoscere delle controversie presenti o future nate da un determinato rapporto giuridico ai giudici di uno Stato; l'art. 24 del Regolamento disciplina poi la proroga tacita che si configura qualora il convenuto accetti la competenza del giudice adito.

Profondamente diversa da tale fattispecie, quanto a presupposti ed effetti, è invece la scelta che le parti processuali operino in ordine a criteri di competenza concorrenti, quali ad es. quelli disposti dall'art. 3 del Reg. n. 2201/2003. Non configura, infatti, una fattispecie di foro prorogato quella nell'ambito della quale la parte attrice si avvalga di tali criteri a favore della costituzione di un determinato giudice competente, a esclusione di altri pur aventi pari titolo.

(73) *Libro verde sulle obbligazioni alimentari* presentato dalla Commissione il 15 aprile 2004, COM (2004) 254 definitivo, cit.

Elemento essenziale dell'accordo di cui all'art. 23 del Regolamento Bruxelles I è la circostanza che l'efficacia dello stesso dipenda dal positivo conferimento della giurisdizione, come risulta già dalla formulazione della rubrica dell'articolo intitolato « proroga di competenza »: elemento indispensabile è la possibilità di individuare con certezza il giudice competente fin dal momento nel quale l'accordo di proroga viene concluso. Come si è già detto, la proroga di competenza può rilevare ai fini di derogare alla giurisdizione italiana qualora le parti processuali si accordino per attribuire la competenza a decidere di una determinata controversia al giudice di un altro Stato, ma essa può anche fondare la competenza del giudice italiano, derogando eventualmente a quella del giudice di un altro paese (74).

Nel sistema della Convenzione, e ora in quello del Regolamento, l'accordo con cui le parti si limitino ad escludere la competenza di un foro individuato sulla base di un criterio di giurisdizione previsto da tale sistema senza designare il foro competente potrebbe essere considerato efficace allorché sia comunque possibile utilizzare gli altri criteri di giurisdizione.

Circa l'ambito d'applicazione della proroga di giurisdizione, l'art. 23 del Regolamento n. 44/2001 prevede, analogamente all'art. 17 della Convenzione che sostituisce, sia la possibilità che l'accordo sia concluso tra due parti, delle quali una domiciliata in uno Stato contraente, sia tra due parti nessuna delle quali domiciliata in uno Stato membro.

Relativamente alla prima ipotesi, non rileva che sia l'attore o il convenuto a non essere domiciliato in uno Stato contraente. Se è il convenuto a essere domiciliato in uno Stato terzo, si pone il problema di vedere se la proroga di giurisdizione esclude la possibilità

(74) Si veda in generale sul punto: CONTALDI, *Le clausole di proroga della giurisdizione contenute in polizze di carico ed il nuovo testo dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 79 ss.; QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale: tra diritto comunitario e diritto interno*, Padova, 2000.

di ricorrere ai criteri di giurisdizione vigenti entro quell'ordinamento, altrimenti applicabili, come sostenuto dalla maggior parte della dottrina già con riguardo all'art. 4 della Convenzione (75). Nel caso in cui infatti il convenuto non sia domiciliato in uno Stato contraente, pare difficile che la proroga di competenza escluda l'applicabilità delle norme comuni (76).

Nella seconda ipotesi, appare particolarmente rilevante l'inciso di cui all'art. 23, comma 3, secondo il quale quando nessuna delle parti contraenti la proroga di giurisdizione sia domiciliata nel territorio comunitario e tuttavia la giurisdizione sia stata attribuita ad uno Stato membro, i giudici degli altri paesi non possono conoscere della controversia finché quello designato non abbia declinato la competenza. Con tale disposizione si riconosce al patto di proroga un'efficacia più limitata che non qualora entrambe le parti siano domiciliate entro il territorio comunitario. Se in quel caso, infatti, esso dà luogo alla competenza esclusiva dei giudici dello Stato designato, in questa ipotesi invece la proroga produce solo l'effetto di impedire ad altri Stati di conoscere la controversia fino a quando il giudice designato non declini la propria competenza. Si delinea così un'ipotesi di applicazione della litispendenza al di fuori dei casi per i quali essa viene prevista dall'art. 27 del Regolamento. Ciò vale anche quando le norme sulla giurisdizione applicabili dal giudice dello Stato adito per primo siano le norme comuni allo scopo di perseguire in maniera completa l'obiettivo dell'armonizzazione della regolamentazione processuale in vigore negli Stati comunitari.

(75) GAJA, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Milano, 1971, pp. 150-151; DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, 1972, p. 143 ss.; DI BLASE, *Deroga alla giurisdizione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., V, 1989, p. 313.

(76) LUZZATTO, *Competenza giurisdizionale o diretta e competenza internazionale o indiretta nelle Convenzioni dell'Aja e di Bruxelles*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 67 ss.

Un'altra ipotesi di proroga della giurisdizione è regolata dall'art. 12 del Reg. n. 2201/2003, che stabilisce, in linea generale, l'estensione della giurisdizione prevista in tema di cause matrimoniali alle controversie in tema di responsabilità genitoriale. Con riguardo alle controversie diverse da quelle di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio, è poi prevista dall'art. 12, par. 3, la possibilità che vi sia proroga della giurisdizione delle autorità competenti in tema di responsabilità genitoriale qualora ciò corrisponda al superiore interesse del minore, vi sia un legame sostanziale del minore con quello Stato membro (ad es. perché vi risiede o ne è cittadino uno dei titolari della responsabilità genitoriale), e la loro competenza sia accettata « da tutte le parti » del procedimento. Come espressamente stabilito dal ventunesimo considerando, le regole di competenza sono infatti definite in funzione dell'interesse superiore del fanciullo e del principio di prossimità, che si realizza tramite il ricorso al criterio della residenza abituale (77). Resta incerta la forma di espressione della volontà dei soggetti interessati, ma la previsione di una sua ricostruzione sulla base di comportamenti concludenti, anche posti in essere in sede processuale, porta a ritenere che valga ogni manifestazione certa.

7. *Questioni pregiudiziali.*

La competenza del giudice italiano in ordine alle controversie connesse alle unioni civili può ampliarsi in presenza di questioni pregiudiziali. Infatti, secondo l'art. 6, l. n. 218/1995, « Il giudice italiano conosce, incidentalmente, le questioni che non rientrano nella giurisdizione italiana e la cui soluzione è necessaria per decidere sulla domanda proposta ». Risulta pertanto evidente che il giudice italiano potrà ritenersi competente in ordine a questioni

(77) HAMMJE, *L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé*, in *Le droit international privé*, cit., pp. 365-381.

pregiudiziali rispetto ad eventuali controversie concernenti un'unione civile, quale ad es. la valida costituzione dell'unione rispetto alle pretese patrimoniali avanzate da uno dei conviventi nei confronti dell'altro. Si porrà tuttavia il problema di vedere secondo quale disciplina risolvere tali questioni (78).

Un suggerimento a favore di una soluzione corrispondente all'ampliamento di competenza giurisdizionale può leggersi, nel sistema italiano di diritto internazionale privato, nella disposizione dell'art. 6, l. n. 218/1995 (79). Ciò, qualora si accolga l'interpretazione della stessa come norma non meramente rivolta a fondare la giurisdizione del giudice italiano, ma piuttosto diretta a suggerire che vi sia stata da parte del nostro ordinamento l'assunzione di regolamentazione della questione preliminare, attraverso i consueti strumenti di diritto internazionale privato (80).

Questa norma può infatti essere utilizzata, in via interpretativa, anche per la soluzione delle questioni preliminari, ovvero delle questioni che tradizionalmente si definiscono con riguardo all'esistenza e validità di una situazione giuridica che condizioni, in qualità di presupposto, l'applicazione nel foro di una norma materiale straniera avente ad oggetto la disciplina di un determinato rapporto, e si distinguono da altre problematiche interpretative, quali

(78) Si ritornerà sul punto *infra* al par. 5 della II sezione del capitolo IV.

(79) A supporto di tale interpretazione si può inoltre leggere la norma dell'art. 7, comma 3, della legge italiana di diritto internazionale privato, secondo la quale « nel caso di pregiudizialità di una causa straniera, il giudice italiano può sospendere il processo se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetti per l'ordinamento italiano ». È infatti evidente che si intende regolare le questioni pregiudiziali in maniera complementare alla continenza di cause, rilevante ai sensi dell'art. 7, comma 1, all'esito del giudizio sull'ampiezza del giudicato che potrà formarsi a conclusione del processo straniero preventivamente instaurato nell'ipotesi in cui esso sia più ampio di quello del processo italiano.

(80) Cfr. in tal senso LUZZATTO, *Art. 6*, in *Commentario*, cit., p. 41 ss. Tale orientamento non è tuttavia generalmente condiviso; per la configurazione dell'art. 6 come norma meramente giurisdizionale CONETTI, *Art. 6*, in *Commento*, cit., p. 19; ed inoltre per la considerazione della norma in esame come espressamente rivolta alle questioni pregiudiziali di merito di cui all'art. 34 cod. proc. civ. CONSOLO, *Art. 6*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 937 ss.

ad es. quelle oggetto della qualificazione, non tanto con riguardo all'ambito dei sistemi giuridici da coordinare, quanto relativamente alla tipologia di coordinamento, più ampio in quanto comprensivo delle norme di conflitto, nel caso della qualificazione, e più ristretto in relazione alla questione preliminare, nella soluzione della quale il richiamo delle regole di diritto internazionale privato competenti a regolarla vale, come si è detto, solo ad accertarne la validità.

Pertanto, anche se la *lex fori* non considera lo statuto dell'unione registrata o dell'accordo di convivenza e si rifiuta di assimilare tali istituti al matrimonio, il giudice dovrà comunque confrontarsi con l'esistenza di tale fattispecie, al fine di decidere ad es. in ordine alle pretese avanzate da uno dei conviventi nei riguardi dell'altro.

Si supponga ad es. che due conviventi portoghesi, residenti in Italia, pongano fine alla loro unione in Francia e che uno di essi si rivolga al giudice italiano per ottenere il risarcimento del danno derivante dalla rottura per colpa dell'altro; quest'ultimo si difende argomentando che la convivenza non si era protratta per il tempo richiesto dalla normativa portoghese (due anni) (81) e che pertanto non ricorre la fattispecie da quest'ultima prevista. C'è da chiedersi se il giudice italiano valuterà la durata della convivenza e lo *status* conseguentemente riconoscibile ai soggetti della medesima secondo la legge francese in quanto *lex loci delicti*, che non prevede alcun termine di tempo per affermare la validità di una convivenza, oppure secondo la legge portoghese, determinata dalla nazionalità comune di entrambi i conviventi sulla base del criterio di collegamento individuato dalla *lex fori* (art. 24) (82).

Tale alternativa, che ripropone chiaramente le soluzioni tradizionalmente proposte per il complesso problema della questione preliminare, ovvero, da un lato, quella « congiunta », secondo la

(81) Si veda sul punto *supra* il par. 2 del capitolo I.

(82) Sull'applicabilità dell'art. 24 ai presupposti delle unioni civili, si ritornerà *infra* ai par. 3-4 della I sezione del capitolo IV.

quale quest'ultima viene regolata dall'ordinamento competente a disciplinare la questione principale, tenendo conto anche delle sue norme di conflitto, oppure soltanto delle disposizioni materiali in esso vigenti, e, dall'altro lato, quella « disgiunta », che individua la regolamentazione della questione preliminare, tramite i criteri di collegamento del foro ad essa applicabili (83), pare debba necessariamente risolversi in questo caso con la preferenza per la legge personale, determinata dalla nazionalità comune dei conviventi (84).

L'esistenza dell'unione, quale presupposto per l'acquisto dello *status* di convivente, e per l'esercizio delle prerogative ad esso connessa, non può in alcun modo riportarsi alle valutazioni materiali della *lex fori*, vista la stretta connessione tra tale questione e la condizione personale dei soggetti coinvolti. In questo caso, infatti, la necessità di verificare l'esistenza dello *status* di convivente richiede la ricostruzione della disciplina normativa del sorgere di tale situazione; il rispetto del nesso tra il rapporto che ha dato origine alla condizione personale dei soggetti e la condizione stessa pone dunque un limite alle valutazioni materiali che la *lex fori* potrebbe compiere in ordine al rapporto presupposto qualora ne ricorressero le condizioni, ovvero quando la situazione dei conviventi non fosse stata contestata e dunque si ponesse come mero fenomeno pregiudiziale rispetto alla valutazione del rapporto concreto (85).

Alla luce di tali considerazioni, c'è da chiedersi peraltro se, anziché considerare le unioni registrate e gli accordi di convivenza

(83) Sulle questioni preliminari, cfr. in generale: WENGLER, *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, in *ZfAP*, 1934, pp. 148-251; LAGARDE, *La règle de conflit applicable aux questions préalables*, in *Revue critique*, 1960, pp. 459-484; RAAPE, *Internationales Privatrecht*, Berlin-Frankfurt, 1961, p. 119 ss.; LUZZATTO, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Milano, 1965, p. 145 ss.; PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1971, p. 18 ss.; Id., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 271 ss.; SCHMIDT, *The incidental question in private international law*, in *Recueil des Cours*, 1992-II, pp. 307-415.

(84) Ciò a differenza delle questioni concernenti gli aspetti formali dell'unione che pare si debbano ricondurre piuttosto alla disciplina della *lex loci actus*.

(85) Sul punto si veda in generale LUZZATTO, *Stati giuridici*, cit., p. 145 ss.

come istituti sconosciuti (86), che tuttavia influiscono sulla soluzione di alcune controversie, obbligando così la giurisprudenza a confrontarsi con gli stessi secondo un approccio casistico, condizionato, tra l'altro, dalla mancanza di una disciplina uniforme, non sia più opportuno ripensare agli stessi in maniera globale, ovvero a partire dalla qualificazione per trarne poi le opportune conseguenze di diritto internazionale privato, necessariamente concernenti una più agevole determinazione della legge applicabile (87).

(86) Si veda tuttavia in tal senso ROSSOLILLO, *Registered partnerships*, cit., p. 381 ss.

(87) Cfr. nello stesso senso GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple*, cit., p. 166.

CAPITOLO IV

LA LEGGE APPLICABILE ALLE UNIONI CIVILI

SOMMARIO: Sezione I. *Metodi di qualificazione e problemi concernenti le unioni civili.*

— 1. Osservazioni introduttive. Qualificazione delle unioni civili. Metodi di qualificazione e metodi di coordinamento tra ordinamenti in conflitto. — 2. (*Segue*): soluzioni possibili: qualificazione *lege fori*, qualificazione *lege causae*, qualificazione funzionale. Il problema degli istituti ignoti alla *lex fori*. — 3. Esiti del metodo di qualificazione prescelto: necessità di scindere la qualificazione in due operazioni distinte. Qualificazione dei presupposti delle unioni civili. — 4. (*Segue*): vantaggi e svantaggi del collegamento proposto. — 5. (*Segue*): coordinamento con la disciplina prevista per altri istituti. — 6. (*Segue*): qualificazione delle unioni civili nell'ambito degli ordinamenti in conflitto. La qualificazione contrattuale. — 7. (*Segue*): la qualificazione familiare. — Sezione II. *Soluzione del problema di qualificazione e disciplina applicabile alle unioni civili.* — 1. Qualificazione autonoma delle unioni civili e disciplina applicabile. I rapporti tra i conviventi. — 2. (*Segue*): la disciplina di conflitto dei rapporti tra conviventi e figli. — 3. (*Segue*): le adozioni poste in essere dai conviventi. — 4. (*Segue*): la disciplina delle obbligazioni alimentari tra i conviventi e i figli. — 5. Questioni preliminari. — 6. Operatività del rinvio. — 7. (*Segue*): operatività del rinvio di qualificazione. — 8. Problemi di ordine pubblico e possibile rilevanza delle norme straniere di applicazione necessaria. — 9. Ordinamenti plurilegislativi. — 10. (*Segue*): aspetti problematici.

Sezione I

METODI DI QUALIFICAZIONE E PROBLEMI CONCERNENTI LE UNIONI CIVILI

1. *Osservazioni introduttive. Qualificazione delle unioni civili. Metodi di qualificazione e metodi di coordinamento tra ordinamenti in conflitto.*

Nella definizione della disciplina internazionalprivatistica

delle unioni civili, secondo la prospettiva tradizionale di soluzione dei conflitti di leggi, assume, come si è detto (1), rilevanza centrale il problema della qualificazione di tali istituti: per determinare la legge applicabile alle unioni civili, occorre in primo luogo stabilire cosa si intenda. Difficile appare la soluzione di tale problema entro l'ordinamento italiano, ove manca sia la disciplina materiale di tali unioni, sia, con riguardo al diritto internazionale privato, una disposizione di conflitto, a esse relativa (2), nonché una norma generale in tema di qualificazione, e diversi sono gli orientamenti della dottrina al riguardo (3). Differenti possono essere inoltre le soluzioni raggiungibili sulla base dei metodi di qualificazione utilizzati.

Nell'ambito del metodo della c.d. « localizzazione dei rapporti di diritto » (4), risalente a Savigny (5), e sviluppatosi poi ampiamente, seppure con connotazioni diverse nei sistemi giuridici europei (6), l'individuazione della legge applicabile alle fattispecie che presentano connessioni con ordinamenti diversi si fonda, come già detto, sulla qualificazione delle medesime. Tale operazione, seppur

(1) Si veda sul punto *supra* il par. 5 del capitolo I.

(2) Per la segnalazione di tale lacuna si veda già CLERICI, *Art. 29*, in *Commentario*, cit., p. 156, nel senso dell'opportunità di introdurre per gli istituti della convivenza una norma di conflitto *ad hoc*, essendo dato « dubitare, allo stato attuale del sistema civilistico che tali unioni possano creare effetti analoghi a quelli che caratterizzano i rapporti personali tra coniugi ». Si veda inoltre sul punto BOSCHIERO, *Les couples homosexuelles*, cit., par. 9.

(3) Per la possibile applicazione della qualificazione *lege causae* entro il sistema italiano di diritto internazionale privato si veda ad es. BARIATTI, *Art. 1*, in *Legge 31 maggio 1995*, n. 218, cit., p. 887 ss.; per la necessità di scindere la qualificazione in due operazioni distinte, la prima secondo la *lex fori*, e la seconda secondo la *lex causae*, si veda invece BOSCHIERO, *Art. 15*, in *Legge 31 maggio 1995*, n. 218, cit., p. 1043 ss.; ID., *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 222 ss.; CONETTI, *Art. 15*, in *Commento*, cit., p. 49 s.; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2004, vol. I, p. 172 ss.

(4) PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1985, p. 201.

(5) VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. Scialoja, Torino, 1893, vol. III, n. 348.

(6) Si veda in generale sul punto PATOCCHI, *Règles de rattachement*, cit., p. 200 ss.

distinguibile, quanto all'oggetto, tra l'interpretazione rivolta a definire l'elemento concettuale con cui le norme di diritto internazionale privato indicano i fatti e i rapporti della vita sociale contemplati dalle stesse (7), e quella diretta a chiarire i « profili giuridici per un riferimento alla realtà sociale » (8), si configura infatti come presupposto essenziale all'individuazione della legge applicabile. La qualificazione consiste infatti nella sussunzione della fattispecie concreta, in ordine alla quale rileva la determinazione della disciplina di conflitto, nell'ambito della fattispecie astratta, oggetto di regolamentazione normativa (9), o nella valutazione comunque necessaria ai fini del riconoscimento delle leggi straniere, designate per mezzo dei criteri di collegamento (10).

Relativamente alle unioni civili, si dovrà pertanto indagare circa la natura delle medesime, al fine di ricondurle alla valutazione funzionale alla determinazione della disciplina applicabile.

Differente è invece la prospettiva da cui ci si può porre per considerare il problema della qualificazione delle unioni civili, seguendo altri metodi di coordinamento tra ordinamenti giuridici. Il metodo giurisdizionale e quello del riferimento all'ordinamento competente, storicamente ricollegabili al pensiero di von

(7) AGO, *Teoria*, cit., p. 136 ss.; PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, II, Roma, 193, p. 64 ss.; MORELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1943, p. 51 ss.

(8) CANSACCHI, *Scelta e adattamento*, cit., p. 26; ID., *Qualificazione di fatti*, cit., pp. 58-68; FALCONBRIDGE, *Characterization in the Conflict of Laws*, in *Law Quart. Rev.*, 1937, pp. 235-258; LEWALD, *Règles générales des conflits de lois*, cit., p. 71; MAURY, *Règles générales*, cit., p. 139; WOLFF, *Private International Law*, Oxford, 1950, p. 146 ss.; WENGLER, *Die Qualifikation*, cit., p. 345; ID., *Réflexions*, cit., p. 661 ss.; ZICCARDI, *Oggetto delle qualificazioni*, cit., pp. 367-435, p. 399; BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1959, p. 339 ss.; SPERDUTI, *Le qualificazioni*, cit., pp. 5-37, p. 22; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1974, p. 72.

(9) Si veda in generale in tal senso BARTIN, *Principes*, cit., p. 221; KAHN, *Gesetzeskollisionen*, cit., p. 105; RIGAUX, *La Théorie des Qualifications*, cit., p. 17 s.; AGO, *Teoria*, cit., p. 138 ss.; ID., *Lezioni*, cit., p. 74 ss.

(10) ZICCARDI, *Oggetto delle qualificazioni*, cit., p. 400.

Bar (11), anche se in seguito variamente rielaborati nei sistemi di *civil law* e di *common law* (12), fondano il coordinamento tra ordinamenti in conflitto non tanto sulla ripartizione di competenza tra leggi, quanto su considerazioni di carattere funzionale: da un lato, l'esplicarsi nel foro delle situazioni giuridiche oggetto di controversia, riconducibile, per questo motivo, alla *lex fori*, e, dall'altro, lo svolgimento all'estero della situazione costituita nel foro (13). Da una concezione profondamente diversa del diritto internazionale privato, come disciplina avente ad oggetto la composizione concreta dei contrasti intercorrenti tra i singoli ordinamenti e non la soluzione astratta dei conflitti di leggi, si deduce pertanto una diversa soluzione per il problema delle qualificazioni. Infatti, secondo il metodo di riferimento all'ordinamento competente, il coordinamento tra sistemi giuridici è dato dal fatto che le situazioni giuridiche straniere, da riconoscere nello Stato del foro, producono i loro effetti all'interno dell'ordinamento cui si ricollegano, senza che rilevino in alcun modo la questione della legge applicabile o la competenza internazionale dell'organo che le ha create; nell'ambito del c.d. *jurisdictional approach*, il medesimo risultato è dato dalla verifica della competenza internazionale dei giudici dello Stato del foro, la cui legge

(11) VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Hannover, 1889, II, p. 427 ss.

(12) Sul *jurisdictional approach*, nonché sul metodo di riferimento all'ordinamento competente, si veda in generale: GRAVESON, *Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law*, in *Recueil des Cours*, 1963 (109), pp. 7-164, e soprattutto p. 19 ss.; BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1973-II (139), pp. 75-147; CARRILLO SALCEDO, *Le renouveau du particularisme en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1978 (160), pp. 189-263, soprattutto p. 211 ss.; CAFARI PANICO, *Diritto internazionale privato inglese e « jurisdiction » con particolare riguardo ai rapporti di famiglia*, Padova, 1979; PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986, p. 7 ss.; ID., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1999 (276), p. 119 ss.

(13) PICONE, *Ordinamento competente*, cit., p. 7 ss.; ID., *Les méthodes*, cit., loc. ult. cit.

regolerà, in via esclusiva, i rapporti di diritto oggetto di controversia.

Secondo tali approcci, la classificazione delle unioni civili non rileva dunque se non per gli effetti dalle stesse prodotti entro l'ordinamento competente e alla possibilità di riconoscerle entro i differenti sistemi giuridici. Ciò si spiega con il generale disinteresse di tali metodi all'oggetto della qualificazione, ovvero alla fattispecie oggetto di controversia, rilevando esclusivamente le situazioni giuridiche esistenti o da costituire nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico. Pertanto, poiché, secondo tale orientamento, gli istituti della convivenza in esame devono essere considerati come fatti i cui effetti giuridici « *doivent s'apprécier conformément à la loi du pays où ils se sont produits* » (14), non è la qualificazione a costituire il presupposto per la determinazione della disciplina internazionalprivatistica degli istituti in esame. Quest'ultima si individua dunque entro l'ordinamento ove si localizzano gli effetti degli istituti della convivenza, variamente inteso con riferimento esclusivo alle norme materiali dello stesso (15), oppure con riguardo anche alle norme di diritto internazionale privato (16), con inevitabili conseguenze sulla soluzione di varie questioni (17).

2. (Segue): *soluzioni possibili: qualificazione lege fori, qualificazione lege causae, qualificazione funzionale. Il problema degli istituti ignoti alla lex fori.*

Nell'ambito del metodo che si fonda sulla localizzazione dei

(14) Tribunal de grande instance Paris, 21 novembre 1983, cit., p. 628 ss.

(15) Si veda in tal senso ROSSOLILLO, *Registered partnerships*, cit., p. 390, secondo la quale l'applicazione della *lex loci actus*, « e cioè della legge dello Stato nel quale è sorta la situazione oggetto di giudizio (nel caso di specie la legge del luogo di registrazione o celebrazione dell'unione), risponde sia all'esigenza di rispettare il punto di vista dell'ordinamento di origine della situazione stessa, sia alla necessità di individuare un criterio atto a determinare l'ambito di applicazione non solo della *lex fori* ma anche della legge straniera ».

(16) Si veda in tal senso GAUTIER, *Les couples internationaux*, cit., p. 531 ss.

(17) Si ritornerà sul punto *infra* ai par. 6-7 della II sezione del capitolo IV.

rapporti giuridici al fine di risolvere i conflitti tra ordinamenti differenti, le alternative tradizionali alla soluzione del problema delle qualificazioni, ovvero utilizzo della *lex fori*, o della *lex causae*, difficilmente si prestano a definire la qualificazione degli istituti della convivenza.

La qualificazione *lege fori* impone al giudice adito di determinare, secondo le disposizioni vigenti entro il proprio ordinamento, l'ambito materiale delle norme applicabili, a seguito del richiamo operato dalle regole di conflitto, in ragione di varie argomentazioni, tutte riconducibili alla circostanza che all'atto del richiamo di un sistema giuridico straniero, il legislatore limita la propria sovranità nel regolare le fattispecie collegate con altri paesi, e pertanto spetta a lui solo decidere la misura in cui è consentita l'applicabilità della legge straniera (18). Pertanto, poiché secondo tale metodo di qualificazione, il carattere tecnico-giuridico attribuito ad un istituto dall'ordinamento richiamato rileva solo in quanto la sua funzione corrisponda a quella prevista dalle norme di conflitto del foro (19), è evidente la difficoltà di applicarlo agli istituti della convivenza, in quanto attualmente privi di qualsivoglia specifica disciplina entro il sistema giuridico italiano (20).

La qualificazione *lege causae* implica invece l'accettazione completa della qualificazione straniera entro l'ordinamento del foro (21), e, al di là dei problemi teorici concernenti questa soluzione

(18) Si veda in generale sul punto NIBOYET, *Traité de droit international privé*, Paris, 1948, vol. III, *Conflits de lois, d'autorités et de juridictions*, p. 374; MAURY, *Règles générales*, cit., p. 468 ss.; BATIFFOL, *Traité élémentaire*, cit., p. 341.

(19) Per l'applicazione di tale metodo nella giurisprudenza italiana, si veda: Cass. sez. un., 12 maggio 1969, n. 1617, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 357 ss.; Cass., 7 febbraio 1975, n. 458, *ivi*, 1975, p. 783; Cass. sez. un., 15 gennaio 1983, n. 319, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 738 e, su di esse, BOSCHIERO, *Appunti*, cit., p. 170 ss.

(20) Per un'applicazione della qualificazione *lege fori* alle convivenze registrate, si veda tuttavia CALÒ, *Le convivenze registrate*, cit., p. 57 ss., che conclude per l'identità delle convenzioni registrate con « un matrimonio minore ».

(21) Per le prime teorizzazioni del metodo di qualificazione *lege causae*, fondate sulla considerazione che la sottrazione ai sistemi giuridici stranieri delle qualificazioni che li caratterizzano finisce inevitabilmente per privare l'individuazione della

nei suoi termini generali, quale ad es. il circolo vizioso che si ritiene possa determinarsi se la fattispecie astratta, descritta nella norma di conflitto, viene definita dalla legislazione la cui competenza non sarebbe stabilita se non nel caso in cui si accerti tale qualificazione della fattispecie controversa (22), non appare comunque adatta agli istituti della convivenza per il rischio che eventuali considerazioni di ordine pubblico determinino il rigetto di tale qualificazione.

Come già accennato (23), due sono pertanto le soluzioni alternative in ordine alla qualificazione degli istituti della convivenza.

Da un lato, è possibile scindere l'operazione di qualificazione in due momenti distinti, classificando dapprima i presupposti degli istituti della convivenza, e la formalizzazione dei medesimi in accordi o partenariati, nel quadro della c.d. prima qualificazione, secondo alcuni punti di riferimento tratti dall'ordinamento italiano, quale ad es. l'art. 2 Cost., ed accogliendo poi, nell'ambito della seconda qualificazione, la nozione prevista dall'ordinamento straniero per tali istituti, con la conseguenza che la classificazione delle questioni concernenti gli istituti della convivenza entro l'ordinamento straniero chiamato a disciplinarli (*lex causae*), eventualmente diversa da quella accoglibile nel nostro sistema, rilevi sia al fine dell'individuazione delle disposizioni materiali ad essi applicabili, sia per il funzionamento delle sue norme di diritto internazionale privato.

Dall'altro lato, è possibile superare l'assenza di riferimenti utili alla qualificazione degli istituti della convivenza secondo la *lex fori*, tramite il metodo dell'analisi comparata degli ordinamenti in

normativa applicabile di ogni effetto, dal momento che il legislatore svolge la parte essenziale della sua funzione proprio nella determinazione della natura giuridica dei rapporti da disciplinare, si veda DESPAGNET, *Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques*, in *Clunet*, 1898, pp. 253-273; SURVILLE, *Cours élémentaire de droit international privé*, Paris, 1925-1929, p. 19, nt. n. 3.

(22) Sul punto, si veda NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1928, p. 498 ss.; si vedano sul punto le osservazioni critiche di RABEL, *Il problema della qualificazione*, cit., p. 109.

(23) Si veda sul punto *supra* il par. 5 del capitolo I.

conflitto (24). Si tratta cioè di vedere se entro l'oggetto dei criteri di collegamento, posti dal sistema italiano di diritto internazionale privato in relazione ad altre fattispecie (ad es. i diritti della personalità), è possibile ricomprendere le unioni civili, in ragione del fatto che le nozioni rivolte a descrivere tali fattispecie possano intendersi con il medesimo significato dei termini impiegati dai sistemi giuridici stranieri. Anche secondo questo metodo, l'individuazione delle regole materialmente applicabili e suscettibili di far produrre alla situazione di fatto l'effetto giuridico desiderato avviene poi nell'ambito di un'operazione successiva e distinta, entro l'ordinamento richiamato (25). L'irrilevanza dei riferimenti normativi propri della *lex fori* può in questo caso agevolare l'interprete italiano, in quanto privo della possibilità di considerare una disciplina materiale propria delle unioni civili.

Nella scelta tra tali alternative di qualificazione, due osservazioni assumono un ruolo decisivo.

Seguendo la prima alternativa, realizzabile secondo il metodo della c.d. « doppia qualificazione » viene necessariamente in rilievo il problema degli istituti ignoti alla *lex fori*, per i quali, cioè, non è dato rinvenire alcuna disciplina (materiale o di conflitto) entro l'ordinamento del foro. Poiché gli istituti della convivenza in easme risultano ignoti all'ordinamento del giudice adito, siano essi formalizzati tramite accordi o tramite partenariati, il metodo della doppia qualificazione deve superare le difficoltà derivanti da tale circostanza, riconducibili, nell'essenziale, al fatto che il problema di classificazione da risolvere è sconosciuto a uno dei due sistemi giuridici contrapposti, e dunque la qualificazione prescelta dall'altro rischia di imporsi senza resistenze, determinando una sorta di « costri-

(24) RABEL, *Il problema della qualificazione*, cit., pp. 97-156, pp. 145-146; ID., *The Conflict of Laws*, cit., vol. I, pp. 64-67; 1947, vol. II, pp. 294-295; 1950, vol. III, pp. 475-524.

(25) RABEL, *The Conflict of Laws*, cit., 1945, vol. I, p. 63 ss.

zione alla qualificazione » (26), che tuttavia verrebbe evitata, nel caso di specie, tramite il funzionamento dell'ordine pubblico.

Seguendo la soluzione offerta al problema della qualificazione delle unioni civili dal metodo dell'analisi comparata degli ordinamenti in conflitto, si supera invece la difficoltà di classificare istituti ignoti. Si presuppone così l'esistenza di una nozione di unioni civili sottesa alla disciplina di conflitto codificata per altre fattispecie, perseguendo un approccio funzionale, nell'ambito del quale è appunto la funzione propria di ogni istituto a definirne la natura, e a richiamare l'applicazione di regole di conflitto sulla base dell'analogia.

Si delinea in tal modo una « qualificazione di diritto internazionale privato », c.d. « *Internationalprivatrechtliche Qualifikation* », che mira ad interpretare i concetti sottesi alle norme di conflitto in funzione degli scopi cui esse sono destinate (27). Pur trattandosi di un metodo molto difficile per l'interprete, che, allo scopo di dedurre concetti sistematici dall'interpretazione di singole norme materiali (28), dovrebbe operare *a priori* una valutazione su risultati destinati a prodursi in seguito alla sua scelta, senza aver alcun punto di riferimento, se non l'indicazione di tre categorie, alquanto vaghe, di interessi cui far riferimento, quali l'interesse delle parti, l'interesse della circolazione giuridica, gli interessi legati allo stesso ordine del diritto internazionale privato, esso tuttavia pare

(26) Per le origini di tale nozione si veda JAYME, *Zur Qualifikationsverweisung im internationalen Privatrecht*, in *ZfRV*, 1976, pp. 93-108, p. 98, che, pur nel quadro dell'analisi rivolta all'operabilità del rinvio, individua due possibili metodi con cui correggere gli esiti della « costrizione alla qualificazione » — c.d. « *Qualifikationszwang* »: l'impiego dei criteri derivanti dalla dogmatica interna, e i principi generali delle norme di conflitto. Più in generale, per i problemi posti dalla qualificazione di istituti ignoti alla *lex fori*, DROZ, *Regards sur le droit international privé comparé - Cours général de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1991-IV (229), pp. 9-424, a p. 325 ss.

(27) KEGEL, *Internationales Privatrecht*, Munchen, 1995, pp. 104-122 e pp. 254-258.

(28) KEGEL, *Allgemeines Kollisionsrecht*, in *Conflicts et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, 1990, pp. 47-73, p. 60.

potersi adattare alla qualificazione delle unioni civili, in cui non dovrebbe essere difficile il bilanciamento tra tali interessi, soprattutto alla luce delle indicazioni proprie della terza categoria, quale ad es. l'interesse ad evitare situazioni claudicanti (*äußerer Entscheidungseinklang*) (29).

D'altra parte, si è recentemente riconosciuta l'esistenza di un certo « denominatore comune » (30) nella definizione della nozione di « relazioni registrate ». Al di là della forma che tali fattispecie possono assumere nelle singole discipline nazionali (accordo o partenariato) (31), si riconosce quale oggetto essenziale delle stesse l'istituzione di una relazione giuridica esclusiva tra due persone, che deve essere legalmente dissolta affinché i soggetti coinvolti possano intraprendere una nuova relazione giuridica « di coppia » con un'altra persona (32). È pertanto innegabile l'esistenza dei presupposti essenziali ai fini della costruzione di una nozione autonoma degli istituti della convivenza in esame, dato che, come precisato nello studio preparato dal *Consortium Asser - UCL*, al fine di elaborare un regolamento rivolto all'armonizzazione dei principi di diritto internazionale privato e di diritto interno in materia, la soluzione dei problemi di qualificazione delle relazioni registrate consiste nell'adozione di una nozione autonoma, cui ricondurre le varie fattispecie secondo le quali tali relazioni si concretiz-

(29) Sull'applicazione del metodo funzionale alla qualificazione, da parte dell'interprete tedesco, dei matrimoni omosessuali olandesi, per i quali si è riconosciuta l'applicabilità delle norme previste dalla legge del 2001, si veda COESTER-WALTJEN, COESTER, *National Report, Germany*, cit., p. 49 ss.

(30) CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes matrimoniaux*, cit., p. 218 ss.

(31) Si veda sul punto *supra* i par. 1 e 2 del capitolo I.

(32) CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes matrimoniaux*, cit., p. 219. È interessante notare come in questa sede, tra le relazioni di coppia, il partenariato e il contratto registrato siano accostati al matrimonio. In maniera analoga, tale suggerimento viene riproposto nel *Libro verde sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali*, cit., p. 3, secondo il quale per « *partenariat enregistré* », si intende la « *communauté de vie de deux personnes qui vivent en couple et qui ont enregistré cette union auprès d'une autorité publique établie par la loi de leur Etat membre de résidence* ».

zano nell'ambito dei singoli ordinamenti, suscettibili di essere elencate in allegato al futuro regolamento (33).

3. *Esiti del metodo di qualificazione prescelto: necessità di scindere la qualificazione in due operazioni distinte. Qualificazione dei presupposti delle unioni civili.*

Nel quadro della qualificazione autonoma delle unioni civili, fondata sull'esistenza di una nozione comune nell'ambito degli ordinamenti giuridici in conflitto, è opportuno distinguere la qualificazione propria dei loro presupposti, per le differenti implicazioni alla stessa collegate.

La decisione di intraprendere una convivenza configura una relazione che influisce sullo *status* dei soggetti che la pongono in essere, indipendentemente dalle condizioni sessuali, religiose, sociali, ecc., in cui essi si vengano a trovare, dal momento che, come noto, lo statuto personale riguarda lo « stato delle persone », ovvero non solo lo stato civile, ma anche le relazioni familiari degli individui (34).

Quanto ai presupposti degli istituti della convivenza, pare dunque opportuno operare una prima qualificazione funzionale, sulla base della nozione generalmente accolta negli ordinamenti di *civil law* e di *common law*, riguardo al diritto ad intrattenere relazioni interpersonali come diritto fondamentale dell'individuo (35).

(33) CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes matrimoniaux*, cit., p. 220: « La solution permettant d'éviter ces discussions et de promouvoir une certitude juridique consisterait à préciser les institutions qui, aux termes du droit national, seront couvertes par le futur instrument. Une liste figurant en annexe à l'instrument pourrait énumérer les relations couvertes par celui-ci ». Si veda sul punto BOSCHIERO, *Les couples homosexuelles*, cit., par. 9, seppure con soluzioni differenti quanto all'individuazione della legge applicabile alle unioni civili.

(34) Cfr. nello stesso senso GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple*, cit., p. 166.

(35) Si veda in generale sul punto JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in *Recueil des Cours*, 1991-I (251), p. 238.

Al di là della ricostruzione di tale diritto entro gli strumenti internazionali di tutela dei diritti dei singoli (36), è in tal senso significativo il riconoscimento del c.d. « diritto alla convivenza », effettuato sulla base delle previsioni costituzionali concernenti i diritti della personalità, proprie di alcuni ordinamenti giuridici. Tale riconoscimento ha ad es. consentito di affermare la legittimità costituzionale della legge tedesca sui partenariati registrati (37). Inoltre, in Portogallo, il riconoscimento giuridico delle unioni di fatto come relazioni vicine a quelle familiari, si fonda, secondo alcuni (38), sull'art. 36, par. 1 della Costituzione, che proclama il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia. In Grecia, il « diritto alla convivenza » si ricollega invece all'art. 5, par. 1 della Costituzione, che tutela il diritto all'esplicarsi della personalità degli individui; poiché invece il matrimonio è garantito dall'art. 21 della medesima Costituzione unitamente alla famiglia, in quanto « fondamento della conservazione e del progresso della nazione », è evidente che gli istituti rivolti a regolare la convivenza si sviluppano parallelamente al matrimonio, le cui regole non possono estendersi per analogia se non in casi eccezionali (39). In Spagna è grazie alla giurisprudenza costituzionale (40) che si è attribuito all'art. 32 Cost. un ruolo fondamentale nel riconoscimento di forme di relazioni familiari differenti da quelle concernenti le famiglie originate dal matrimonio, al fine di estendere ad esse la tutela prevista dall'art. 39 per le relazioni familiari tradizionali, pur non affermandone la completa equivalenza. Anche in Francia, del resto, la giurisprudenza costituzio-

(36) Si veda in tal senso l'analisi condotta nel I capitolo.

(37) Bundesverfassungsgericht, 17 luglio 2002, in 105 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, p. 313.

(38) FRADA DE SOUSA, *Portugal*, cit., p. 58.

(39) MOUSTARA, *Greece*, cit., p. 30.

(40) Sent. 11 dicembre 1992, 222/1992, e sent. 15 novembre 1990, in CHECA MARTINEZ, *Spain*, cit., p. 31.

nale pare aver definito la qualificazione del *pacs* entro lo statuto personale degli individui (41).

Nell'ordinamento italiano, la classificazione giurisprudenziale del diritto di costituire una famiglia, anche di fatto, nell'ambito dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti dall'art. 2 Cost., in quanto esplicazione della personalità individuale (42), non può non ricondurre la regolamentazione internazionalprivatistica dei presupposti degli accordi di convivenza alla disciplina dei diritti della personalità, di cui all'art. 24 della l. n. 218/1995, che richiama, in linea generale, la legge nazionale del soggetto di cui si tratta per regolare i diritti della personalità di quest'ultimo (43).

4. (Segue): *vantaggi e svantaggi del collegamento proposto.*

Alla luce delle considerazioni sino ad ora svolte, pare dunque possibile proporre l'operatività del collegamento della cittadinanza per valutare l'idoneità di un soggetto a porre in essere un accordo di convivenza o un partenariato registrato, ad es. per controllare sullo stato libero, richiesto, come si è visto, dalle legislazioni di molti paesi per la realizzazione di tali istituti (44), oppure per verificare l'esistenza di eventuali impedimenti alla conclusione di unioni civili (45). Ciò ai fini della rilevanza che la convivenza così istituita all'estero acquisti nel nostro ordinamento.

(41) Conseil Constitutionnel, 9 novembre 1999, cit., p. 16962 ss.

(42) Per tale classificazione, seguita dalla giurisprudenza italiana, si veda App. Milano, 16 novembre 1993, cit., p. 3212 ss.; App. Milano, 4 dicembre 1995, cit., p. 247; Trib. Milano, 23 gennaio 1997, cit., p. 560 ss.; Trib. minorenni Perugia, 16 gennaio 1998, cit., p. 376; Trib. Palermo, 3 settembre 1999, cit., p. 284 ss.

(43) Sull'art. 24 si veda in generale DI BLASE, *Art. 24*, in *Commentario*, cit., pp. 125-126; BARUFFI, *Art. 24*, in *Legge 31 maggio 1995*, cit., p. 1104; TONOLO, *Art. 24*, in *Commento*, cit., p. 93 ss.

(44) Si vedano sul punto *supra* i par. 1-2 del capitolo I.

(45) Le regolamentazioni nazionali dei partenariati registrati generalmente vietano la conclusione di tali istituti ai soggetti legati da vincoli di parentela, ad eccezione dell'art. 1475, § 1 *Code civil* belga relativamente alla *cobabitation légale*. Si veda in tal senso: l'art. 3 della l. norvegese n. 47 del 4 luglio 1991; il § 1 (1) della l. tede-

Tale collegamento, la cui applicabilità si giustifica, dal punto di vista teorico, sulla base della qualificazione del diritto a contrarre un'unione civile in termini di diritti fondamentali della persona (46), e può dunque fondarsi, nell'ambito del diritto internazionale privato attualmente vigente sull'art. 24 della l. n. 218/1995, presenta infatti il vantaggio di essere facilmente individuabile e di impedire la frode alla legge, che verrebbe invece realizzata a seguito dell'operatività di altri collegamenti, proposti seppure sulla base di un'analogia qualificazione dei partenariati, quale ad es. il luogo di registrazione, come recentemente suggerito dalla dottrina straniera (47), soprattutto al fine di consentire la registrazione dei partenariati ai cittadini di Stati il cui ordinamento non riconosce tale possibilità (48). Tramite il richiamo alla legge del luogo di costituzione per valutare la capacità dei *partners*, non si può infatti trascurare il rischio che si venga a creare il fenomeno definito « *registration shopping* » (49), secondo il quale chi intende porre in essere un'unione civile sceglie di rivolgersi alle autorità dell'ordinamento corrispondente alle proprie esigenze, confidando poi nell'effetto

sca del 16 febbraio 2001; l'art. 3 della l. svedese del 23 giugno 1994 n. 1117; l'art. 515-2 code civil francese; gli artt. 9 e 10 della l. islandese del 14 aprile 1993, n. 31.

(46) Si veda nello stesso senso FULCHIRON, *Réflexions*, cit., p. 898 ss.; MIGNOT, *Le partenariat enregistré en droit international privé*, in RIDC, 2001, p. 641 s.; HENRICH, *Kollisionrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft*, in FamRZ, 2002, p. 137.

(47) Si veda in tal senso KHAIRALIAH, *Les « partenariats organisés »*, p. 326; JESSURUN D'OLIVEIRA, *Registered partnerships*, cit., p. 301; HOHLOCH, KJELLAND, *The new german conflicts rules for registered partnerships*, in YPIL, 2001, p. 223 ss., p. 227; DEVERS, *Le concubinage*, cit., p. 206 ss.; KESSLER, *Les partenariats enregistrés*, cit., p. 123 ss., e p. 139. Si veda questi ultimi soprattutto per la precisazione secondo cui non si deve intendere tale collegamento con riferimento al luogo di registrazione ma con riguardo alla nazionalità dell'autorità che ha consentito la registrazione, evidenziando ad es. che la registrazione dinanzi ai rappresentanti diplomatici francesi in uno Stato terzo dovrebbe intendersi come registrazione avvenuta in Francia. Per l'accoglimento di tale orientamento in Italia pare anche ROSSOLILLO, *Registered partnerships*, cit., p. 387 ss.

(48) BOGDAN, *IPR-Aspekte der schwedischen Eingetragenen Partnerschaft für Homosexuelle*, in IPRax, 1995, p. 56 ss.

(49) KESSLER, *Les partenariats enregistrés*, cit., p. 142 ss.

attenuato dell'ordine pubblico (50) per ottenerne il riconoscimento nello Stato d'origine.

Il collegamento della cittadinanza appare inoltre funzionale alla realizzazione del principio dell'armonia internazionale delle soluzioni (51), che, come noto, consente di risolvere i conflitti di leggi in modo tale che, all'interno degli ordinamenti direttamente interessati, ogni caso in cui tale conflitto si presenti possa ricevere la medesima disciplina, indipendentemente dalla giurisdizione competente in ordine ad esso (52). Infatti anche se l'obiettivo dell'armonia internazionale delle soluzioni potrebbe essere più efficacemente realizzato, nell'ambito delle unioni civili, tramite l'adozione di regole di conflitto uniformi a livello internazionale (53), l'applicazione del collegamento della cittadinanza può comunque rappresentare uno strumento per il riconoscimento dello *status* di convivente così come regolato nell'ordinamento di nazionalità.

L'operatività del proposto collegamento della cittadinanza può tuttavia comportare vari problemi, tra cui innanzitutto la necessità di superare le incertezze derivanti dall'operatività della cittadinanza, in presenza di *partners* titolari di diverse cittadinanze.

L'applicazione cumulativa delle leggi dei *partners* determinerebbe il rischio di una disciplina troppo rigorosa. Appare dunque preferibile il riferimento all'applicazione distributiva delle leggi individuate dalle differenti cittadinanze dei *partners* (54): ad es. uno

(50) Sul punto si veda *infra* il par. 8 della II sezione di questo capitolo.

(51) Sulle origini di tale principio, si veda in generale KAHN, *Gesetzeskollisionen*, cit., p. 15 ss.

(52) Si veda in generale sul punto PATOCCHI, *Règles de rattachement*, cit., p. 200 ss.

(53) Si veda in tal senso GOLDSCHMIDT, *Système et philosophie du droit international privé*, in *Revue critique*, 1955, p. 639 ss., in *Revue critique*, 1956, p. 21 ss. e p. 223 ss.; DROZ, *Regards*, cit., p. 382.

(54) Ciò, per la nota conseguenza del rigore determinato dall'applicazione cumulativa delle leggi personali; si veda sul punto, per tutti, seppure con riguardo alla materia matrimoniale: VALLADÃO, *Conséquences de la différence de nationalité ou de domicile des époux sur les effets de la dissolution du mariage*, in *Recueil des Cours*, 1962-I (105), p. 69 ss., p. 144.

svedese e un norvegese possono concludere un'unione omosessuale di diritto svedese o norvegese (55). C'è poi da chiedersi se nel caso in cui i conviventi abbiano diverse cittadinanze delle quali una comune, ipotesi non espressamente regolata dalla norma in esame, si debba fare riferimento all'art. 19, comma 2, della l. n. 218/1995 (56), che regola in generale le situazioni concernenti le persone con più cittadinanze. Pare tuttavia poco opportuno il richiamo di questa disposizione, dal momento che la stessa non risulta pienamente soddisfacente; stabilendo che « se la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto », e che « se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale », la norma giunge a sottoporre la fattispecie in esame qualora siano coinvolti soggetti italiani che abbiano anche un'altra cittadinanza comune, alla legge italiana. Non sempre, tuttavia, tale soluzione risulta corrispondente alla cittadinanza effettiva (57), ed inoltre essa pare porsi in contrasto con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, sancito dall'art. 12 del Trattato CE e recentemente richiamato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee al fine di consentire la derogabilità delle norme di conflitto nazionali (58).

(55) Si veda inoltre sul punto KHAIRALIAH, *Les « partenariats organisés »*, cit., p. 317 ss.

(56) Sull'art. 19 si veda in generale: CLERICI, *Art. 19*, in *Commentario*, cit., pp. 95-105; BAREL, *Art. 19*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., pp. 1075-1085; CONETTI, *Art. 19*, in *Commento*, cit., pp. 59-62.

(57) Per le origini di tale concetto, nel diritto internazionale, cfr. la sentenza pronunciata dalla Corte internazionale di giustizia, del 5 aprile 1955, *Liechtenstein v. Guatemala*, nel noto caso *Nottebohm*, in *I.C.J. Reports*, 1955, p. 4 ss.

(58) Corte di giustizia, 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *García Avello c. Stato belga*, cit. Nel caso, la Corte ha, come si è visto, affermato che il principio di non discriminazione si pone in contrasto con l'applicazione della disciplina di conflitto belga in quanto rivolta ad affermare la prevalenza della cittadinanza belga, nel caso rilevante ai fini dell'individuazione della disciplina del diritto al nome, impedendo così ai figli di una coppia belga-spagnola di poter essere registrati con il doppio cognome come avrebbe consentito la sottoposizione del diritto al nome alla legge spagnola, determinata sulla base di una delle cittadinanze di cui erano titolari.

5. (Segue): *coordinamento con la disciplina prevista per altri istituti.*

Complessi problemi interpretativi sono poi determinati dall'applicazione del collegamento della cittadinanza ai presupposti delle unioni civili, in considerazione della loro interferenza con altri istituti, come ad es. nel caso in cui lo *status* del convivente rilevi per altri motivi. Si pensi così all'ipotesi in cui un soggetto vincolato da un'unione civile intenda contrarre matrimonio in Italia.

A tale riguardo si segnala innanzitutto la necessità di coordinare l'art. 24, oltreché con le disposizioni imperative di cui agli artt. 115 e 116 c.c. (59), con la regolamentazione delle condizioni per contrarre matrimonio, di cui all'art. 27, l. n. 218/1995, dal momento che si tratta di verificare la capacità matrimoniale della persona che ha contratto un accordo di convivenza o ha registrato un partenariato all'estero e intende sposarsi in Italia. Pur essendo le norme di conflitto appena considerate entrambe fondate sul collegamento della cittadinanza, diversa può essere la soluzione della questione proposta, all'esito dell'applicazione delle disposizioni in esame.

Qualora la persona che ha concluso l'accordo di convivenza o registrato il partenariato all'estero ed intenda contrarre matrimonio in Italia sia cittadino italiano, è possibile negarne la capacità matrimoniale solo ove si riconosca l'efficacia dell'istituto della convivenza, secondo le norme del Regolamento Bruxelles II-*bis* (60). Qualora invece motivi di ordine pubblico ostino a tale riconoscimento, non si potrà non affermare lo stato libero in capo al soggetto che intende contrarre matrimonio. Tale soggetto potrà così

(59) Sulle quali si veda, in generale, NASCIMBENE, *Il matrimonio del cittadino italiano all'estero e dello straniero in Italia alla luce della riforma del sistema di diritto internazionale privato*, in *Collisio legum, Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggin*, Milano, 1997, p. 349 ss.; DISTEFANO, *Il matrimonio nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 328 ss.

(60) Sul quale si veda *infra* il par. 2 del capitolo V.

concludere in Italia un matrimonio, che rischia tuttavia di essere in seguito annullato, su iniziativa del coniuge ignaro del precedente legame, per « errore essenziale su qualità personali dell'altro coniuge », di cui all'art. 122 c.c. (61). Tuttavia poiché lo *status* di convivente non può esplicitarsi se non in maniera assoluta, è chiaro che lo stesso dovrebbe riconoscersi anche al cittadino italiano, in attuazione di un diritto fondamentale, con evidenti conseguenze non solo relativamente al vincolo da questi contratto in Italia, ma anche in ordine alle obbligazioni eventualmente assunte all'estero a seguito dell'accordo di convivenza. Poiché lo *status* di convivente si configura come presupposto per l'esercizio dei diritti e degli obblighi che da esso derivano, è evidente che in forza del medesimo dovrebbe essere possibile riconoscere, in un'eventuale controversia instaurata in Italia, anche i rapporti giuridici sorti in base al diritto straniero richiamato dalle pertinenti norme di conflitto del foro (ad es. l'obbligo di versare gli alimenti al convivente). I rapporti obbligatori discendenti dall'accordo di convivenza non potrebbero non spiegare efficacia anche nell'ambito della *lex fori*, qualora lo *status* che si pone alla base di essi trovasse affermazione, anche alla luce della circostanza che difficilmente considerazioni di ordine pubblico riuscirebbero a contrastare il riconoscimento di un presupposto, quale, appunto, lo *status* di convivente rispetto ai diritti e agli obblighi ad esso connessi.

(61) Analoghi problemi possono essere determinati dal caso in cui il cittadino italiano contragga in Belgio un matrimonio con una persona dello stesso sesso, che sia cittadino belga o residente in Belgio, circostanza quest'ultima resa possibile, come si è detto, a seguito della riforma di diritto internazionale privato del 2004, che, nella definizione della disciplina di conflitto relativa alla formazione del matrimonio, ha espressamente disposto che l'applicazione di una disposizione individuata entro l'ordinamento di nazionalità di ciascuno dei due coniugi « *est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage* » (art. 46, comma 2). Se, in forza del limite dell'ordine pubblico, non si può riconoscere tale matrimonio in Italia, evidentemente il cittadino italiano potrà vedersi riconosciuto lo stato libero e contrarre matrimonio con un coniuge di sesso diverso in Italia.

L'inscindibilità dei rapporti dagli *status* che ne costituiscono il presupposto (62), non attiene invece alla determinazione della disciplina di conflitto di tali aspetti, per i quali potrà darsi il caso del richiamo di diversi criteri di collegamento, quale ad es. la cittadinanza per la valutazione dello *status* di convivente, e il luogo ove si è verificata la rottura del partenariato, per la regolamentazione delle obbligazioni risarcitorie derivanti da tale circostanza.

Relativamente ai cittadini stranieri che abbiano concluso un accordo di convivenza o registrato un partenariato all'estero ed intendano poi contrarre matrimonio in Italia, è evidente che essi potranno farlo solo qualora lo consenta l'ordinamento richiamato tramite il collegamento della cittadinanza previsto dall'art. 27 della l. n. 218/1995. Poiché tuttavia la generalità delle discipline sugli accordi di convivenza e sui partenariati registrati prevede che lo *status* di convivente abbia effetti personali e familiari superabili solo tramite un atto che estingua l'istituto che lo ha costituito (v. ad es. il § 11, 1 della l. tedesca 2001, o la sez. 1 del cap. 3 della l. svedese 1994, o l'art. 515-2 del *code civil* francese) (63), è chiaro che si dovrà dare per lo più risposta negativa alla questione concernente la capacità matrimoniale di un cittadino straniero vincolato da un accordo di convivenza o da un partenariato (64).

(62) Si veda *amplius* sul punto LUZZATTO, *Stati giuridici*, cit., p. 125 ss.

(63) Analoghi problemi si pongono inoltre per il caso in cui il soggetto vincolato da un partenariato registrato in un determinato Stato intenda concluderne un altro in un diverso paese. Poiché generalmente le discipline concernenti tali istituti richiedono che il partenariato possa essere concluso solo in presenza di un certificato che attesti l'inesistenza di un analogo vincolo nell'ambito dello stesso paese, è evidente l'utilità di sottoporre la capacità a concludere tali istituti alla cittadinanza dei soggetti interessati. Seguendo l'operatività di altri criteri di collegamento, quale ad es. il luogo di registrazione, è possibile ipotizzare che si realizzino situazioni paradossali, concettualmente simili alla bigamia, relativamente ai soggetti che contraggano tali vincoli in Stati diversi con persone differenti. Per una diversa prospettazione e soluzione della questione della c.d. « *bipacsie* » in Francia, si veda KESSLER, *Les partenariats*, cit., p. 314 ss.; DEVERS, *Le concubinage*, cit., p. 224 ss.; MIGNOT, *Le partenariat enregistré*, p. 633.

(64) Ciò anche in ragione del fatto che generalmente le discipline concernenti i partenariati sanciscono in maniera molto rigorosa l'incapacità matrimoniale dei *part-*

Pertanto, al di là del caso in cui, secondo la legge nazionale, il matrimonio determini la risoluzione immediata dell'unione civile (art. 515-7 del *Code civil* francese con riguardo ai *pacs*) (65), e dunque non possa negarsi la capacità matrimoniale dell'individuo soggetto a tale vincolo (66), si può riconoscere, nell'ordinamento italiano, un'incapacità matrimoniale (67) che può porre alcuni problemi di ordine pubblico. Da un lato, potrebbe infatti accadere che, analogamente ai casi in cui non risulta difficile negare l'operatività di un'incapacità matrimoniale prevista nell'ordinamento individuato dalla cittadinanza dei nubendi per ragioni etniche o religiose, si ipotizzi il richiamo del *favor matrimonii*, quale principio fondamentale del nostro sistema giuridico, per affermare il riconoscimento della capacità dei soggetti legati da istituti della convivenza posti in essere in un altro paese. Dall'altro lato, si potrebbe anche dare il caso che distinguendo tra le due fattispecie appena esaminate, in quanto caratterizzate da circostanze profondamente differenti (68), si giunga ad affermare che un'incapacità matrimoniale determinata da una scelta volontaria e consapevole, coerentemente ai principi fondamentali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e ad alcune tendenze attuali dell'ordinamento co-

ners. Si veda in tal senso: l'art. 52 del codice civile olandese che autorizza il *partner* a fare opposizione al matrimonio del suo compagno; il § 208 del codice penale danese che prevede sanzioni per bigamia per la persona coniugata con un individuo di sesso opposto senza che il partenariato sia stato precedentemente dissolto.

(65) Ciò, in ragione del fatto che in Francia la libertà matrimoniale è garantita a livello costituzionale a seguito della decisione del Conseil constitutionnel del 13 agosto 1993, n. 93-325, in *JO*, 18 agosto 1993. Sul punto si veda in generale KESSLER, *Les partenariats*, cit., p. 317.

(66) Si veda in tal senso la *Réponse* del Ministro della Giustizia francese alla *Question* n. 40572, in *JO*, 17 aprile 2000, p. 2503, secondo cui l'ufficiale di stato civile non è tenuto a verificare l'esistenza di un *pacs*, al momento della celebrazione del matrimonio.

(67) Si veda in tal senso CALÒ, *Le convivenze registrate*, cit., p. 84.

(68) Per un'analisi condotta in materia, seppure con specifico riferimento all'ordinamento inglese, si veda McK. NORRIE, *Reproductive Technology, Transsexualism and Homosexuality: New Problems for International Private Law*, in *ICLQ*, 1994, p. 773 ss.

munitario, non possa che essere riconosciuta, e non contrastare con l'ordine pubblico italiano (69).

6. (Segue): *qualificazione delle unioni civili nell'ambito degli ordinamenti in conflitto. La qualificazione contrattuale.*

Più difficile è invece la definizione di una qualificazione autonoma, fondata sul metodo funzionale, in ordine alla forma assunta dalle unioni civili, che, come si è visto (70), appare sostanzialmente riconducibile alla tipologia dell'accordo e del partenariato.

Dalla natura fortemente contrattuale di alcuni istituti della convivenza, come ad es. i *pacs* francesi, sia relativamente alla nascita, sia quanto alla dissoluzione e agli effetti (71), vi è la possibilità di dedurre una generale qualificazione contrattuale di tali istituti, come sostenuto dalla giurisprudenza di altri paesi (72), sep-

(69) Ad esiti analoghi potrebbe d'altra parte giungersi nei casi in cui si debba valutare la capacità matrimoniale di soggetti già vincolati da matrimoni omosessuali contratti all'estero. Quanto ai cittadini italiani, poiché secondo l'art. 16 del d.p.r. n. 396/2000 la celebrazione del matrimonio può aver luogo secondo la legge italiana dinanzi all'autorità diplomatica consolare italiana competente o dinanzi all'autorità straniera secondo la legge ivi vigente, non è escluso che il cittadino italiano contragga all'estero un matrimonio omosessuale secondo le forme previste dagli ordinamenti che prevedono tale istituto (ad es. Belgio, Spagna, Olanda). Tuttavia, secondo la giurisprudenza, la circostanza che tra le condizioni imperative previste dall'art. 115 c.c. non vi sia la differenza di sesso tra i coniugi, non può escludere che essa si debba considerare come presupposto di un valido matrimonio, secondo i principi generali dell'ordinamento italiano, determinando così l'inesistenza del matrimonio omosessuale contratto dal cittadino italiano all'estero e dunque la possibilità che quest'ultimo sia ritenuto capace di contrarre matrimonio in Italia. Si veda sul punto Trib. Latina, decr. 10 giugno 2005, cit. Relativamente ai cittadini stranieri, l'obbligo, sancito dall'art. 116 c.c., di presentare all'ufficiale di stato civile una dichiarazione dell'autorità competente entro il paese d'origine che nulla osta al matrimonio esclude la possibilità che, senza tale dichiarazione, siano ritenuti capaci di contrarre un nuovo matrimonio in Italia.

(70) Ai par. 1 e 2 del capitolo I.

(71) Tale natura è stata peraltro fortemente discussa in sede giurisprudenziale, ove pare prevalere la qualificazione dei medesimi nell'ambito dello statuto personale. Si veda in tal senso Conseil constitutionnel, 9 novembre 1999, cit.

(72) Si veda ad es., in Austria, OGH, 18 dicembre 1982, in *FamRZ*, 1982, p.

pure anteriormente all'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (73), con il conseguente risultato di giungere all'applicazione dei criteri di collegamento dalla stessa previsti (74). Nell'ordinamento italiano, tale conseguenza sarebbe teoricamente possibile, a seguito del richiamo operato alla Convenzione di Roma dall'art. 57, l. n. 218/1995, « in ogni caso », e dunque al di là dei limiti materiali che circoscrivono il suo ambito di applicazione (75).

Questa soluzione non pare tuttavia concretamente accoglibile

1010 ss., relativo a un accordo di convivenza concluso tra un'austriaca e un polacco in Germania, in ordine al quale si è ritenuto applicabile il criterio del luogo di conclusione dell'accordo.

(73) Convenzione resa esecutiva in Italia con l. 18 dicembre 1984 n. 975, in *G.U.* 30 giugno 1985 n. 25 suppl.

(74) Per la qualificazione societaria dei partenariati si veda KREN KOSTKHEWICZ, *Registrierte Partnerschaften gleichgeschlechtlicher Personen aus der Sicht des IPR (de lege lata)*, in *SZIER*, 2001, p. 104 ss. Si tratta però di una classificazione difficilmente accoglibile in quanto fondata su considerazioni poco rispondenti alle finalità degli istituti in esame, e peraltro disattesa dalla disciplina introdotta dalla legge svizzera del 2004, che modifica la Legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato, introducendo, quanto alle regole di conflitto per le unioni registrate, il richiamo per analogia del capitolo 3 della legge (art. 65a), e prevedendo l'applicazione del diritto svizzero (art. 65c), qualora l'ordinamento così individuato non contempli norme concernenti l'unione domestica registrata, accanto ad una limitata facoltà di scelta dei conviventi (diritto del luogo di registrazione dell'unione). Si veda sul punto BUCHER, *Le couple*, cit., p. 182. Molto problematica appare inoltre l'attuazione della qualificazione societaria degli istituti della convivenza nell'ordinamento italiano, dal momento che essa richiederebbe il riferimento all'art. 25 della l. n. 218/1995, oppure una modifica normativa del sistema di conflitto allo scopo di introdurre una norma *ad hoc*, che consideri unioni civili ed accordi di convivenza come « enti *sui generis* », ma consenta al contempo di superare le difficoltà testuali dell'art. 25, e soprattutto dei riferimenti in esso contenuti a nozioni quali la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale delle « società, associazioni, fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa ». Si veda tuttavia sul punto ROSOLILLO, *Registered partnerships*, cit., p. 363 ss. Per una analogia tra il luogo di incorporazione delle società e il luogo di registrazione dei partenariati, da intendersi con riferimento al luogo ove ha sede l'autorità che ha consentito la registrazione, si veda inoltre KESSLER, *Les partenariats enregistrés*, cit., p. 136.

(75) Sugli effetti del richiamo « in ogni caso » alla Convenzione di Roma da parte dell'art. 57 si veda in generale TREVES, *Art. 57*, in *Commentario*, cit., p. 272 ss.; BENEDETTI, *Art. 57*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 1360 ss.; TONOLO, *Art. 57*, in *Commento*, cit., p. 289 ss.

per vari motivi. Innanzitutto occorre osservare che la disciplina contrattuale, per quanto fondata sul rilievo attribuito alla volontà delle parti negli accordi di convivenza (76), non corrisponde pienamente alle finalità dell'istituto, per le differenze evidenti tra l'intenzione di regolare una relazione economica e quella di instaurare una vita comune (77), cui si ricollegano, peraltro, le difficoltà di applicare le nozioni utilizzate in materia contrattuale agli accordi di convivenza (78). Tra esse, rileva in maniera particolare la dubbia operatività della scelta di legge che, secondo quanto prevede l'art. 3 della Convenzione di Roma del 1980, potrebbe teoricamente comportare un frazionamento o una modifica della regolamentazione degli accordi di convivenza, in maniera evidentemente contraria alla natura unitaria dell'istituto in esame (79). L'individuazione del criterio del collegamento più stretto, richiamato in via sussidiaria dall'art. 4, non pare d'altra parte priva di problemi, in considerazione della difficoltà di determinare tra i contraenti del patto il debitore della prestazione caratteristica (80). Inoltre, mette conto rilevare che, nel quadro della regolamentazione della convivenza realizzata tramite accordi, alle norme di origine contrattuale si affiancano numerose disposizioni di fonte legislativa (81).

La difficoltà di accogliere la qualificazione contrattuale degli istituti della convivenza impedisce, d'altra parte, la loro sottoposi-

(76) Si veda in generale sul punto: GAUTIER, *Les couples internationaux*, cit., p. 534; GANNAGÉ, *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, in *Revue critique*, 1992, p. 425 ss.

(77) Si veda nello stesso senso CALÒ, *Le convivenze*, cit., p. 59.

(78) BUCHER, *La famille*, cit., p. 119.

(79) Si veda nello stesso senso DELMAS SAINT-HILAIRE, *France, Rapport National*, in CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes*, cit., p. 66 ss.

(80) Su tali criteri di collegamento, si veda in generale: MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, 1989; BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991. E, sulle difficoltà di determinarli con particolare riguardo alla materia in esame, ROSSOLILLO, *Registered partnerships*, cit., p. 386 ss.

(81) Si veda in tal senso FULCHIRON, *Réflexions sur les unions*, cit., p. 899, il quale, con riguardo al pacs francese rileva inoltre l'originale collocazione della disciplina dello stesso entro il *code civil*, nell'ambito del libro I relativo alle persone.

zione alla proposta di Regolamento c.d. Roma I, destinato a sostituire la Convenzione del 1980 (82), nell'ambito del completamento della « comunitarizzazione del diritto internazionale privato », già perseguita nel settore delle obbligazioni contrattuali dal Regolamento Bruxelles I (83). La proposta stabilisce infatti chiaramente che risultano sottratte al suo ambito d'applicazione « le obbligazioni derivanti dai rapporti di famiglia o dai rapporti che, conformemente alla legge loro applicabile, producono effetti simili, comprese le obbligazioni alimentari » (art. 1, par. 2, lett. *b*). Inoltre la conferma dei collegamenti dell'*electio iuris* (art. 3) (84) e della pre-

(82) Attualmente è nota la proposta di Regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), presentata dalla Commissione il 15 dicembre 2005, COM (2005) 650 def.

(83) Sul quale si veda *supra* il par. 1 del cap. III.

(84) L'art. 3 della proposta di Regolamento Roma I dispone: « (1) Fatti salvi gli articoli 5, 6 e 7, il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti. La scelta può essere espressa o risultare in modo certo dalle disposizioni del contratto, dal comportamento delle parti o dalle circostanze della causa. Se le parti hanno stabilito che competenti a conoscere delle controversie attuali o future riguardanti il contratto siano gli organi giurisdizionali di uno Stato membro, si suppone che esse abbiano anche inteso scegliere la legge di tale Stato membro. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso. (2) Le parti possono anche scegliere come legge applicabile principi e norme di diritto sostanziale dei contratti, riconosciuti a livello internazionale o comunitario. Tuttavia le questioni riguardanti le materie disciplinate da tali principi o norme e non espressamente risolte da questi ultimi verranno risolte secondo i principi generali cui si ispirano, o, in mancanza, conformemente alla legge applicabile in mancanza di scelta ai sensi del presente regolamento. (3) Le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo disciplinava in precedenza per effetto di una scelta anteriore effettuata ai sensi del presente articolo o per effetto di altre disposizioni del presente regolamento. Qualsiasi modifica relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto, non inficia la validità formale del contratto ai sensi dell'articolo 10 e non pregiudica i diritti dei terzi. (4) La scelta di una legge conformemente ai paragrafi 1 o 2 ad opera delle parti, accompagnata o meno dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti i dati di fatto si riferiscano ad un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate "disposizioni imperative". (5) La scelta ad opera delle parti della legge di uno Stato non membro non può recare pregiudizio all'applicazione delle disposizioni imperative del diritto comunitario che sarebbero ap-

stazione caratteristica (art. 4) (85) ripropone le difficoltà già evidenziate con riguardo all'applicabilità della Convenzione di Roma agli istituti della convivenza.

7. (Segue): *la qualificazione familiare*.

Vi è poi la possibilità di qualificare le unioni civili nell'ambito dei rapporti familiari; poiché partenariati registrati e accordi di convivenza configurano un modo di organizzazione della vita di coppia, si può prospettare l'analogia con l'istituto matrimoniale (86). Infatti, tra i primi argomenti addotti a sostegno di tale soluzione, ricorre l'estensione dell'applicazione delle regole concernenti il matrimonio a istituti allo stesso riconducibili, seppure sconosciuti alla *lex fori*, come ad es. la poligamia (87).

Ciò, a differenza della qualificazione attribuibile ai matrimoni omosessuali, sulla base della funzione agli stessi riconosciuta entro l'ordinamento che li prevede e li regola. Sulla base di tale qualifi-

plicabili al caso di specie. (6) L'esistenza e la validità del consenso delle parti sulla legge applicabile al contratto sono disciplinate dagli articoli 9, 10 e 12 ».

(85) La proposta di Regolamento Roma I elenca una serie di discipline specificamente rivolte a regolare alcuni contratti nominati, all'art. 4 par. 1, e stabilisce poi che: « I contratti non contemplati al paragrafo 1 sono disciplinati dalla legge del paese nel quale la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la residenza abituale. Quando la prestazione caratteristica non può essere determinata, il contratto è disciplinato dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto ». Sulle difficoltà applicative di tale disposizione, si veda in generale LOPES PEGNA, *Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di regolamento « Roma I »*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 756 ss.

(86) Si veda in tal senso KHAIRALIAH, *Les « partenariats organisés »*, cit., p. 323 ss., seppure solo con riferimento ai partenariati registrati in cui è più evidente l'assimilazione al matrimonio.

(87) MARTIN, *English polygamy law and the Danish registered partnership act: a case for the consistent treatment of foreign polygamous marriage and Danish same - sex marriages in England*, in *Cornell Int. Law Journ.*, 1994, p. 418 ss. Sul matrimonio poligamico, si veda CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, pp. 21-42.

cazione, è infatti possibile richiamare l'art. 27 della l. n. 218/1995 ed il collegamento della cittadinanza al fine di determinare la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio, salvo poi affrontare i problemi di ordine pubblico (88), originati dai diversi principi tuttora propri dell'ordinamento italiano (89), con riguardo al matrimonio omosessuale concluso da due cittadini stranieri la cui legge nazionale prevede tale possibilità, ovvero, relativamente ai cittadini italiani che abbiano contratto tale matrimonio, la nullità derivante dalla circostanza che l'ordinamento italiano esclude tali fattispecie (90).

Con riguardo alle unioni civili, l'applicabilità della disciplina concernente i rapporti familiari non è invece sicura, dal momento che si tratta di una soluzione discutibile alla luce di diverse considerazioni.

Innanzitutto occorre rilevare che non tutti gli istituti della convivenza prevedono l'equiparazione piena del rapporto da essi regolato al matrimonio. Come si è visto, solo i modelli riconducibili alla *Registered Partnership* offrono un'alternativa completa al matrimonio, mentre con la *Domestic Partnership* e con gli accordi di convivenza i *partners* ottengono solo il riconoscimento di alcune prerogative proprie dei coniugi (91). L'applicazione delle regole del matrimonio agli istituti della convivenza appare inoltre criticabile in quanto contraria alla volontà dei soggetti che scelgono la convivenza come alternativa al matrimonio, talvolta per sottrarsi alla disciplina concernente quest'ultimo. Infine, negli ordinamenti che non prevedono in alcun modo la regolamentazione degli istituti della convivenza, come quello italiano, appare illogico riconoscere

(88) Si veda in tal senso ROSSOLILLO, *Registered partnerships*, cit., p. 382; MOSCONI, *Le nuove tipologie di convivenza*, cit., p. 306.

(89) Si veda ad es. l'art. 18, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, in *G.U.*, 30 dicembre 2000, s.o. al n. 303 e la Circolare del Ministero degli affari interni del 26 marzo 2001, relativa al regolamento per la revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 283 ss.

(90) Si veda sul punto BOSCHIERO, *Les couples homosexuelles*, cit., par. 9.

(91) Si vedano *amplius* sul punto *supra* i par. 1 e 2 del capitolo I.

come matrimonio ciò che non si intende regolare nemmeno come convivenza (92).

Sulla base della qualificazione c.d. familiare degli istituti della convivenza, accolta entro altri ordinamenti in considerazione dell'oggetto dei medesimi (93), è inoltre difficile richiamare i criteri di collegamento di cui al capo IV della l. n. 218/1995 per i rapporti di famiglia, in quanto espressamente disposto, secondo le rigide concezioni dell'ordinamento italiano, per individuare la disciplina di conflitto della famiglia fondata sul matrimonio tra persone di sesso differente (art. 29 Cost., art. 107, comma 1, e art. 108, comma 1, c.c.).

L'operatività delle norme di conflitto, previste in tema di famiglia legittima e matrimonio, si estenderebbe agli accordi di convivenza ed ai partenariati qualora si ritenesse attuabile il procedimento dell'adattamento, cui si ricorre, in linea generale, quando devono essere applicate nella *lex fori* norme ispirate a concezioni giuridiche differenti (94). L'adattamento potrebbe pertanto valere ad ampliare le nozioni utilizzate dal capo IV della l. n. 218/1995, quale ad es. quella di coniuge (idonea a racchiudere in sé anche quella di *partner*), oppure quella di vita matrimoniale (ampliabile indubbiamente alla vita familiare).

Tale procedimento presenta tuttavia delle difficoltà concrete ai fini dell'applicabilità delle norme del capo IV della l. n. 218/1995 alle unioni civili, soprattutto nelle ipotesi in cui vengano coinvolti, in relazione agli stessi soggetti, istituti differenti, come ad es.

(92) Si veda nello stesso senso BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, p. 46 ss. Al contrario, per la qualificazione dei partenariati nell'ambito matrimoniale entro l'ordinamento italiano, si veda CALÒ, *Le convivenze*, cit., p. 60 ss.; COMANDÉ, *National Report, Italy*, in CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes*, cit., p. 53 ss.

(93) Tale pare essere ad es. l'orientamento della dottrina belga, e portoghese. Si veda sul punto BARNICH, *Belgique, Rapport National*, in CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes*, cit., p. 43; FRADA DE SOUSA, *Portugal*, cit., p. 64 ss.

(94) Sul punto si veda in generale LEWALD, *Règles générales des conflits de lois*, cit., p. 36 ss.

qualora uno dei *partners* di un'unione registrata all'estero decida di sposarsi in Italia con un'altra persona. Nella valutazione delle condizioni necessarie per la celebrazione del matrimonio, diverse da quelle personali appena esaminate, l'interprete avvicinerebbe il partenariato al matrimonio (95) e non potrebbe più considerare la dissoluzione ai fini della determinazione dello stato libero secondo la legge del luogo in cui il partenariato è stato posto in essere, contrastando le previsioni delle leggi straniere, che non contengono limiti al riguardo e dunque l'art. 15 della l. n. 218/1995, secondo il quale « la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo ». Seguendo il procedimento dell'adattamento, sarebbe inoltre in ogni caso esclusa la possibilità di riconoscere la registrazione dei partenariati operata da cittadini italiani all'estero.

L'applicazione delle norme del capo IV agli istituti della convivenza presenta poi difficoltà anche maggiori con riguardo allo scioglimento di unioni registrate e accordi di convivenza. Seguendo la qualificazione c.d. familiare degli istituti della convivenza, lo scioglimento delle unioni registrate e degli accordi di convivenza potrebbe infatti ricondursi all'art. 31 in tema di separazione personale e scioglimento del matrimonio (96). Tuttavia una fondamentale distinzione tra lo scioglimento del matrimonio e la dissoluzione di unioni registrate e accordi di convivenza denota la difficoltà di applicare le norme concernenti la separazione e il divorzio, a seguito della qualificazione familiare di tali fattispecie (97). Mentre lo scioglimento del matrimonio richiede l'intervento di un'autorità

(95) Come suggerisce ad es. CALÒ, *Le convivenze*, cit., pp. 61-62.

(96) Sull'art. 31 v. in generale CLERICI, *Art. 31*, in *Commentario*, cit., p. 167 ss.; CONETTI, *Art. 31*, in *Legge 31 maggio 1995*, n. 218, cit., p. 1179 ss.; Id., *Art. 31*, in *Commento*, cit., p. 136 ss.

(97) Sulla quale si veda inoltre TONOLO, *Lo scioglimento delle unioni di fatto e degli accordi di convivenza nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 997 ss., p. 1010. Per la posizione del medesimo problema nell'ordinamento francese, ove si ritiene difficile applicare l'art. 310 *code civil* allo scioglimento dei pacs, si veda FULCHIRON, *Réflexions sur les unions*, cit., p. 904.

giurisdizionale e dunque giustifica una norma di conflitto *ad hoc*, la dissoluzione delle unioni registrate e degli accordi di convivenza è generalmente un atto volontario, relativamente al quale l'intervento di un'autorità giurisdizionale, ove previsto (come ad es. dall'art. 515-7 del *Code civil* in merito ai *pacs*), ha un valore meramente di pubblicità. Al limite, qualora dovesse essere accolta la qualificazione familiare delle unioni civili parrebbe più opportuno ricondurre la disciplina internazionalprivatistica dello scioglimento di esse alla norma dettata in tema di rapporti personali, individuando così, quali criteri di collegamento applicabili sulla base dell'art. 29, l. n. 218/1995 (98), la cittadinanza comune dei conviventi o la localizzazione della vita della coppia.

Alla difficoltà di qualificare i partenariati e gli accordi di convivenza nell'ambito dei rapporti familiari, di cui al Capo IV della l. n. 218/1995, si sottraggono tuttavia le relazioni tra i conviventi e i loro figli, siano questi ultimi comuni, o di uno solo dei due, o adottati, dal momento che per tali relazioni non si può porre in dubbio né la qualificazione né la sottoposizione alla disciplina rispettivamente posta dal sistema italiano di conflitto in materia di filiazione e di adozione.

(98) Sull'art. 29 v. in generale CLERICI, *Art. 29*, in *Commentario*, cit., p. 151 ss.; CONETTI, *Art. 29*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 1172 ss.; Id., *Art. 29*, in *Commento*, cit., p. 130 ss.

Sezione II

SOLUZIONE DEL PROBLEMA DI QUALIFICAZIONE E DISCIPLINA APPLICABILE ALLE UNIONI CIVILI

1. *Qualificazione autonoma delle unioni civili e disciplina applicabile. I rapporti tra i conviventi.*

L'analisi delle incertezze derivanti dalle qualificazioni delle unioni civili, sino ad ora considerate, dimostra l'opportunità di procedere ad una qualificazione autonoma di tali istituti.

Si tratta infatti di istituti nuovi, per i quali tuttavia è dato riscontrare quel nucleo comune, che consente di definire affinità abbastanza strette fra istituti giuridici ai fini della loro qualificazione autonoma (99), come evidenziato nello studio preparato dal *Consortium Asser - UCL*, riguardo agli effetti determinati dai partenariati e dagli accordi di convivenza sullo statuto personale degli individui (100). Pare dunque possibile proporre una qualificazione ricollegabile allo statuto personale, ma per la quale rileva pure la volontà dei soggetti che pongono in essere le unioni civili, per esplicitare un loro diritto fondamentale. La rilevanza della volontarietà dell'atto costitutivo di tali istituti delle convivenze, siano essi poi formalizzati tramite partenariati o accordi, giustifica così la qualificazione quali relazioni derivanti da una scelta volontaria che ha ad oggetto non solo i contenuti di tali relazioni ma anche la disciplina di conflitto.

Sulla base di tale qualificazione autonoma, la disciplina inter-

(99) KAHN, *Gesetzeskollisionen*, cit., p. 112.

(100) Si veda nello stesso senso FULCHIRON, *Réflexions*, cit., p. 901 ss.

nazionalprivatistica, ai fini di ricondurre determinati effetti ai rapporti così costituiti, si può definire, entro il sistema italiano di conflitto, quanto ai presupposti di queste relazioni destinate ad incidere sullo *status* dei soggetti che le pongono in essere, nell'ambito dei diritti della personalità e dunque richiamando la legge nazionale dei *partners* (art. 24, l. n. 218/1995), quanto invece alla regolamentazione del loro svolgimento, delle obbligazioni tra i *partners* e dell'eventuale scioglimento, con un criterio di collegamento da definirsi, *de iure condendo*, tramite il riferimento all'*electio iuris*, che normalmente si concretizzi, anche in maniera implicita, nella scelta della legge in forza della quale si è costituito il rapporto, ove la stessa ammetta tali soggetti alla sua applicazione. Generalmente, infatti, i soggetti che intendono porre in essere un'unione civile scelgono il modello più adatto alle loro esigenze entro l'ordinamento che poi regolerà tale istituto (101).

Poiché le unioni civili trovano la loro origine nella volontà dei soggetti che le scelgono in alternativa al matrimonio, si è d'altra parte da tempo sottolineata l'opportunità di estendere la valenza di tale volontà anche alla disciplina di conflitto di tali istituti (102). D'altra parte, l'estensione del collegamento dell'autonomia della volontà è generalmente riconosciuta come una tendenza attuale cui paiono corrispondere da un lato molti sistemi di diritto internazionale privato (103), in cui tale collegamento si applica non solo in

(101) WAGNER, *Das neue*, cit., p. 289.

(102) GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple*, cit., p. 173; SIEHR, *Family Unions*, cit., p. 431. Per una particolare applicazione dell'autonomia della volontà dei conviventi, si veda tuttavia FULCHIRON, *Réflexions*, cit., loc. ult. cit. Quest'ultimo distingue infatti la disciplina di conflitto relativa alle unioni libere, o di fatto, per le quali l'*electio iuris* ha un'ampia operatività, seppure coordinata con la nazionalità dei soggetti, dalle unioni registrate, relativamente alle quali la scelta delle parti va intesa innanzitutto con riguardo alla scelta presunta della legge regolatrice dell'istituto in esame.

(103) Quale ad es. la legge tedesca di riforma del diritto internazionale privato del 25 luglio 1986, sulla quale si veda JAYME, *Das neue IPR-Gesetz-Brennpunkte der Reform*, in *IPRax*, 1986, p. 265 ss.; Id., *Diritto di famiglia: società multiculturale e*

materia contrattuale, ma anche in molti altri ambiti, quali i rapporti patrimoniali e personali tra coniugi, le donazioni, la responsabilità extracontrattuale, il diritto al nome, le successioni e la divisione ereditaria (104), e dall'altro numerose convenzioni internazionali (105).

La soluzione presenta alcune incertezze quanto all'applicazione, ma offre numerosi vantaggi.

Tra i problemi che può determinare l'applicazione del proposto collegamento dell'*optio iuris* si individua innanzitutto il rischio di *dépeçage*; tale fenomeno, già probabile in ragione della proposta

nuovi sviluppi del diritto internazionale privato, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 296 ss., a p. 303.

(104) Sull'estensione dell'autonomia della volontà quale criterio di collegamento accolto in molti sistemi di conflitto si veda CURTI GIALDINO, *La volonté des parties en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1972-III, p. 743 ss., p. 863; GIULIANO, *La loi applicable aux contrats: problèmes choisis (cours général de droit international privé)*, *ivi*, 1977-V, p. 313 ss.; ID., *La loi d'autonomie: le principe et sa justification théorique*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, p. 217 ss.; CARLIER, *Autonomie de la volonté*, *cit.*; VON OVERBECK, *L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé*, in *Hommage à François Rigaux. Nouveaux itinéraires en droit*, Bruxelles, 1993, p. 619 ss.; VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996; PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 154 ss.; CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999; DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, 2001.

(105) Il principio dell'autonomia della volontà, oltre ad essere accolto quale criterio di collegamento principale nella Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (art. 3), sulla quale si veda *supra* il par. 6 della I sez. di questo capitolo, è stato adottato anche dalla Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alla vendita internazionale di beni mobili materiali (art. 2), resa esecutiva dall'Italia con l. 4 febbraio 1958, n. 50, in *G.U.* n. 48 del 25 febbraio 1958, dalla Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai contratti di intermediazione ed alla rappresentanza (art. 5), non in vigore per l'Italia, dalla Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi (art. 3), dalla Convenzione dell'Aja del 30 ottobre 1985 sulla legge applicabile ai contratti di vendita internazionale di merci (art. 7), non in vigore, dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile al *trust* e al suo riconoscimento, resa esecutiva con l. 9 ottobre 1989, n. 364, in *G.U.*, n. 261, s.o., 8 novembre 1989, e dalla Convenzione dell'Aja del 1° agosto 1989 sulla legge applicabile alle successioni (art. 5), non in vigore per l'Italia.

differente valutazione dei presupposti delle unioni civili (106), rispetto allo svolgimento delle medesime, acquista un'estensione maggiore per l'opportunità di sottoporre all'*electio iuris* solo alcuni aspetti delle unioni civili (quali ad es. gli obblighi reciproci dei conviventi, la disciplina della materia successoria), riservando invece ad altre discipline la regolamentazione di questioni speciali, quali ad es. i rapporti tra i conviventi e i figli, o le adozioni poste in essere dai *partners*. Diverse esigenze, quali ad es. la tutela dei minori, la protezione dei terzi o il rispetto di principi generali del diritto internazionale privato rendono così necessario il *dépeçage*.

È chiaro ad es. che qualora sia necessario procedere all'interdizione e alla nomina di un tutore per uno dei *partners*, il proposto collegamento dovrà necessariamente essere derogato a favore dell'art. 43 della l. n. 218/1995, che in materia richiama la legge nazionale dell'incapace per regolare sia i presupposti e gli effetti delle misure di protezione, sia i rapporti fra l'incapace e chi ne ha cura (107); l'*electio iuris* potrebbe infatti essere finalizzata ad eludere le disposizioni, quale ad es. l'art. 383 del codice civile olandese, che pongono il *partner* in una posizione privilegiata nell'attribuzione di una tutela. Inoltre, relativamente alla successione dei *partners*, sarà opportuno fare riferimento alla disciplina di cui all'art. 46 della l. n. 218/1995 (108), con la conseguenza che, se la legge nazionale del *de cuius* non prevede i diritti successori del *partner*, la *professio iuris* di cui all'art. 46, comma 2, potrà determinare l'applicazione di un ordinamento che invece riconosce tali prerogative (109). In ma-

(106) Si veda sul punto *supra* il par. 3 della I sezione di questo capitolo.

(107) Ciò, salvo il caso in cui siano necessarie misure provvisorie e urgenti per proteggere la persona o i beni dell'incapace, da adottare secondo quanto prevede la legge italiana (art. 43, ultima parte).

(108) Sull'art. 46, si veda in generale: CLERICI, *Art. 46*, in *Commentario*, cit., p. 230 ss.; DELI, *Art. 46*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 1278 ss.; TONOLO, *Art. 46*, in *Commento*, cit., p. 205 ss.

(109) Per un risultato simile, si veda la previsione dell'art. 17b (2) EGBGB, che prevede l'applicabilità della legge del luogo di registrazione del partenariato, qualora la legge successoria determinata dalle norme di conflitto comuni non riconosca i

niera analoga, le donazioni tra conviventi che abbiano formalizzato la loro unione tramite un partenariato o un accordo possono ritenersi sottoposte all'art. 56 della l. n. 218/1995 o alla Convenzione di Roma del 1980, a seconda della qualificazione alle stesse attribuita caso per caso (110). Occorre infine considerare che le obbligazioni alimentari tra i *partners* devono essere regolate dalla Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 (111), come richiamata dall'art. 45, l. n. 218/1995 (112), per la necessità di ritenere le unioni civili ricomprese nell'ambito d'applicazione di tale Convenzione (113): la disciplina di tale questione va dunque cercata nella legge interna del paese della residenza abituale del creditore di alimenti (art. 4), della nazionalità comune dei conviventi (art. 5) o in-

diritti dei *partners*. Ciò, anche in ragione delle garanzie previste in materia successoria dalla disciplina tedesca sul partenariato che riconosce ai *partners* una riserva (§ 10.6). Si veda sul punto DICKHUTH-HARRACH, *Erbrecht und Erbrechtsgestaltung eingetragener Lebenspartner*, in *FamRZ*, 2001, p. 1667; HENRICH, *Kollisionrechtliche Fragen*, cit., p. 144.

(110) Su tali aspetti, si veda in generale: BOSCHIERO, *Art. 56*, in *Commentario*, cit., p. 264 ss.; BARIATTI, *Art. 56*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 1341 ss.; TONOLO, *Art. 56*, in *Commento*, cit., p. 275 ss.

(111) Convenzione resa esecutiva in Italia con l. 24 ottobre 1980 n. 745, in *G.U.* 12 novembre 1980 n. 310 suppl.

(112) Sull'art. 45, l. n. 218/1995, si veda in generale: HONORATI, *Art. 45*, in *Commentario*, cit., p. 225 ss.; BARUFFI, *Art. 45*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 1273 ss.; TONOLO, *Art. 45*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento*, cit., p. 194 ss. Sulla determinazione della giurisdizione italiana relativamente a tali aspetti si veda *supra* il par. 4 del capitolo III.

(113) Per l'accoglimento di tale soluzione entro altri ordinamenti, si veda, ad es., l'art. 17a § 1 dell'EGBGB che, relativamente alle conseguenze dei partenariati registrati, rinvia alle norme di conflitto generali, ovvero, nel caso di specie, all'art. 18 EGBGB che trascrive nell'ordinamento tedesco le soluzioni della Convenzione dell'Aja del 1973, aggiungendo però la previsione di un richiamo alla legge del luogo di registrazione qualora non sia possibile conseguire gli alimenti sulla base delle leggi altrimenti richiamate. L'applicabilità della Convenzione dell'Aja del 1973 alle unioni civili pare inoltre generalmente sostenuta in dottrina: GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple*, cit., p. 164; JESSURUN D'OLIVEIRA, *Registered Partnerships*, cit., p. 303; KHAIRALIAH, *Les « partenariats organisés »*, p. 329. Per alcune critiche ai risultati possibili sulla base della stessa, si veda tuttavia DEVERS, *Le concubinage*, cit., p. 284 ss., e p. 342, che propone, *de lege ferenda*, un richiamo della legge del luogo di registrazione nel caso in cui i conviventi non possano conseguire gli alimenti sulla base della disciplina della Convenzione dell'Aja del 1973.

fine del foro (art. 6), collegamenti alternativamente previsti al fine di preferire la legge che tutela il creditore di alimenti.

Tra i vantaggi della soluzione proposta mette conto rilevare, innanzitutto, la realizzazione di una disciplina di conflitto uniforme, e funzionale all'armonia internazionale delle soluzioni (114), in una materia variamente regolata dai singoli ordinamenti (115). Più in particolare, e con riguardo all'ordinamento italiano, tale soluzione consente di differenziare la disciplina delle unioni civili rispetto ai rapporti di famiglia, la cui regolamentazione di conflitto nell'ordinamento italiano è sottratta alla libera disponibilità delle parti, se non per la limitata rilevanza dell'autonomia della volontà in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi. Inoltre, sempre con riguardo al sistema giuridico italiano, la soluzione rivolta a richiamare l'*electio iuris* quale criterio di collegamento principale ai fini dell'individuazione della disciplina dei rapporti tra i conviventi, ha il pregio di uniformare la regolamentazione internazionalprivatistica di tali fattispecie con altre che possono analogamente concretizzarsi nei rapporti tra i conviventi, quali ad es. le obbligazioni contrattuali dagli stessi assunte (ad es. trasferimento della quota di proprietà di un bene comune), in quanto sottoposte alla legge scelta secondo le previsioni dell'art. 3 della Convenzione di Roma del 1980 (116), o le donazioni e le successioni, per le quali gli artt. 56 e 46 della l. n. 218/1995 prevedono, rispettivamente, la possibilità che il donante o il *de cuius* esercitino l'*optio iuris*, seppure limitatamente alla legge del luogo della residenza.

Con particolare riguardo alla materia successoria, è tuttavia evidente che tale uniformità di disciplina non risolve il problema della questione preliminare concernente la condizione dei convi-

(114) Si veda in tal senso GANNAGÉ, *La pénétration de l'autonomie*, p. 450 s.

(115) Per la considerazione dell'*electio iuris* quale collegamento idoneo a creare una disciplina di conflitto uniforme, si veda il *Libro verde della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio*, cit. e il *Libro verde sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali*, cit.

(116) Sul quale si veda *supra* il par. 6 della I sezione di questo capitolo.

venti, da affrontarsi, come si è detto (117), nell'ambito della legge nazionale dei soggetti di cui si tratta, in quanto così richiamata dalla *lex fori* (118). A differenza delle questioni concernenti gli aspetti formali dell'unione, e dunque sottoposte in linea di principio alla *lex loci actus*, l'esistenza dell'unione, quale presupposto per l'acquisto dello *status* di convivente, e per l'esercizio delle prerogative ad esso connessa, nel caso di specie i diritti successori, non può in alcun modo riportarsi alle valutazioni materiali della *lex fori*, vista la stretta connessione tra tale questione e la condizione personale dei soggetti coinvolti (119). In questo caso, infatti, la necessità di verificare l'esistenza della qualità di convivente richiede la ricostruzione della disciplina normativa del sorgere di tale situazione; il rispetto del nesso tra il rapporto che ha dato origine alla condizione personale dei soggetti e la condizione stessa pone dunque un limite alle valutazioni che la *lex fori* potrebbe compiere in ordine al rapporto presupposto qualora ne ricorressero le condizioni, ovvero quando la situazione dei conviventi non sia contestata e dunque si ponga come mero fenomeno pregiudiziale rispetto alla valutazione del rapporto concreto.

2. (Segue): *la disciplina di conflitto dei rapporti tra conviventi e figli.*

I rapporti tra i conviventi e i figli, siano essi figli di entrambi

(117) Si veda sul punto *supra* il par. 7 del capitolo III. Sulla disciplina delle questioni preliminari si ritornerà inoltre al par. 5 di questa sezione di questo capitolo.

(118) Per una differente soluzione del problema della questione preliminare, tuttavia relativamente alla diversa fattispecie dell'unione libera, si veda GAUTIER, *Les couples internationaux*, cit., p. 537.

(119) Per una diversa soluzione della disciplina dei diritti successori dei membri di unioni registrate, si veda tuttavia BUCHER, *Le couple*, cit., p. 195; si veda inoltre DEVERS, *Le concubinage*, cit., p. 367 ss., per la prospettazione delle c.d. « false questioni preliminari » nelle ipotesi in cui la disciplina straniera che riconosce diritti successori *ab intestato* ai conviventi non si limiti a un concetto astratto di convivente ma puntualizzi qualità e condizioni per poter essere idonei alla successione, la cui valutazione non costituirebbe dunque oggetto di una questione preliminare.

o di uno solo dei due *partners*, derogano necessariamente alla disciplina sino ad ora esaminata per i rapporti tra i conviventi, alla luce della differente qualificazione agli stessi attribuibile.

I rapporti di filiazione appaiono infatti suscettibili di essere regolati in maniera analoga dall'art. 33, comma 1, quanto all'accertamento dello stato di figlio (120) e dall'art. 36, l. n. 218/1995, in ordine ai rapporti tra genitori e figli, tramite il richiamo alla legge nazionale del figlio (121), in assenza di delimitazione dell'ambito d'applicazione di tali norme ai rapporti di filiazione concernenti la famiglia tradizionalmente fondata sul matrimonio. Mette inoltre conto rilevare che il sistema italiano di diritto internazionale privato prevede una norma di conflitto specificamente rivolta a disciplinare il riconoscimento del figlio naturale, ed ispirata al *favor filiationis* (122), principio peraltro ribadito tramite la disposizione dell'art. 13, comma 3, che prevede l'operatività del rinvio in materia di filiazione (art. 33), legittimazione (art. 34), riconoscimento del figlio naturale (art. 35), solo nelle ipotesi in cui esso conduca all'applicazione di una legge che consente lo stabilimento della filiazione, e dunque come rinvio *in favorem*, nell'ambito della considerazione del rinvio quale procedimento il cui funzionamento varia a seconda del fine cui si riferi-

(120) Sull'art. 33, si veda in generale: CAMPIGLIO, *Art. 33*, in *Commentario*, cit., p. 178 ss.; CARELLA, *Art. 33*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 1184 ss.; CONETTI, *Art. 33*, in *Commento*, cit., p. 147 ss.

(121) Sull'art. 36, si veda in generale: CAMPIGLIO, *Art. 36*, in *Commentario*, cit., p. 183 ss.; CARELLA, *Art. 36*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 1196 ss.; CONETTI, *Art. 33*, in *Commento*, cit., p. 141 ss.

(122) L'art. 35 dispone infatti: « (1) Le condizioni per il riconoscimento del figlio naturale sono regolate dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita o, se più favorevole, dalla legge nazionale del soggetto che fa il riconoscimento, nel momento in cui questo avviene. (2) La capacità del genitore di fare il riconoscimento è regolata dalla sua legge nazionale. (3) La forma del riconoscimento è regolata dalla legge dello Stato in cui esso è fatto o da quella che ne disciplina la sostanza ». Sull'art. 35, si veda in generale: CAMPIGLIO, *Art. 35*, in *Commentario*, cit., p. 180 ss.; CARELLA, *Art. 35*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 1194 ss.; CONETTI, *Art. 33*, in *Commento*, cit., p. 145 ss.

sce (123). La previsione di una disciplina ispirata al *favor filiationis* appare pertanto decisiva al fine di ritenere che l'accertamento della filiazione naturale non può in alcun modo essere ritenuto come una conseguenza delle unioni civili e dunque riconducibile alla disciplina di conflitto per le stesse prevista. D'altra parte, la complessità attuale delle relazioni familiari non implica necessariamente che la filiazione naturale si costituisca nell'ambito delle unioni civili (124).

Nell'ambito della disciplina della filiazione rilevante nelle relazioni tra conviventi, un ruolo centrale viene dunque riconosciuto alla legge nazionale del figlio al momento della nascita, competente in linea generale a regolare ogni aspetto relativo alla dimostrazione dell'esistenza del rapporto di filiazione. Tale regola, seppure non escluda la possibile configurazione dei problemi applicativi connessi al richiamo della cittadinanza del figlio e alla circostanza che in molti ordinamenti l'attribuzione della cittadinanza viene fatta dipendere dall'esistenza di un rapporto di filiazione con un cittadino (125), individua anche la regolamentazione dell'eventuale contestazione della legittimità della filiazione che, secondo quanto prevede l'art. 33, comma 2, può inoltre essere accertata sulla base della legge nazionale di uno dei genitori, in concorso alternativo con la legge nazionale del figlio.

Pare dunque che l'ordinamento italiano abbia in questo modo privilegiato il *favor veritatis* sul *favor legitimitatis*, nel senso che la contestazione dello stato di figlio legittimo secondo la legge nazionale di quest'ultimo possa travolgere la legittimità conferita dalla legge di uno o di entrambi i genitori. Ciò, secondo le indicazioni

(123) Si ritornerà ampiamente sul punto *infra* al par. 6 di questa sezione di questo capitolo.

(124) Per un esame di questa tematica, esteso anche all'ambito delle unioni di fatto, si veda con conclusioni analoghe DEVERS, *Le concubinage*, cit., p. 382 ss.

(125) Per alcune possibili soluzioni di tale problema si veda MOSCONI, *Persone, famiglia e successioni*, in *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, Atti del Convegno di Roma, 11-12 aprile 1996, Napoli, 1997, p. 151 ss., p. 159.

espresse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo proprio con riguardo a un caso di filiazione rilevante nell'ambito di una convivenza e suscettibile di tutela ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea del 1950 (126).

Nella disciplina dei rapporti tra i conviventi e i figli rileva inoltre la regolamentazione prevista, relativamente a materie particolari, da alcune convenzioni internazionali, destinate, come si è detto, a prevalere sull'applicazione delle norme della l. n. 218/1995 secondo quanto prevede l'art. 2 (127). La legge applicabile all'affidamento dei minori di una coppia di conviventi potrà così essere sottoposta, analogamente a quanto si è visto in materia di giurisdizione, alla regolamentazione prevista dalla Convenzione dell'Aja del 1961 in materia di protezione dei minori, come richiamata dall'art. 42, l. n. 218/1995, ovvero alla legge in vigore nell'ordinamento di nazionalità del minore (128).

A tale riguardo, mette conto rilevare che potrà risultare problematica l'applicazione, da parte del giudice italiano, di ordinamenti che riconoscono ai *partners* diritti c.d. « genitoriali » (129) rispetto ai figli non propri. Ragioni di ordine pubblico potrebbero essere invocate per negare ad es. l'applicazione del § 9 della l. tedesca del 2001 che attribuisce al membro di un partenariato, non titolare della potestà, un potere di co-decisione nella conduzione

(126) Sent. 27 ottobre 1994, *Kroon c. Paesi Bassi*, cit., sulla quale si veda *supra* il par. 2 del II capitolo. Per la rilevanza da attribuire, secondo la Corte europea, al *favor veritatis* nella determinazione della filiazione, si veda, da ultimo, sent. 24 novembre 2005, *Shofman c. Russia*, consultabile all'indirizzo: <http://www.coe.int>; sent. 12 gennaio 2006, *Mizzi c. Malta*, consultabile all'indirizzo: <http://www.coe.int>.

(127) Sull'art. 2, l. n. 218/1995, si veda in generale CARBONE S.M., *Art. 2*, in *Commentario*, cit., p. 8 ss.; BARIATTI, *Art. 2*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 900 ss.; CONETTI, *Art. 2*, in *Commento*, cit., p. 6 ss.

(128) Al riguardo si segnala, tuttavia, l'adozione, da parte della Conferenza dell'Aja, il 19 ottobre 1996, di una nuova Convenzione concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità dei genitori e di misure di protezione dei minori, destinata a sostituire la Convenzione dell'Aja del 1961. Si veda sul punto *supra* il par. 5 del capitolo III.

(129) KESSLER, *Les partenariats enregistrés*, cit., p. 333.

della vita quotidiana del figlio del suo *partner*, ovvero della l. olandese del 4 ottobre 2001 (130), che riconosce nell'ambito dei matrimoni o dei partenariati omosessuali e dei partenariati eterosessuali l'autorità parentale al coniuge o al *partner* della madre biologica (131). Pertanto qualora i soggetti che hanno concluso un partenariato intendano vedersi riconosciuti in Italia i diritti connessi all'esercizio della responsabilità genitoriale, secondo l'ordinamento che regola tale istituto, pare opportuno il suggerimento di non rivolgersi al giudice italiano. A tale fine, può invece concretamente considerarsi la possibilità di ottenere il provvedimento all'estero e di chiederne poi il riconoscimento in Italia ai sensi del Regolamento Bruxelles II-*bis* o dell'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1961 (132).

3. (Segue): *le adozioni poste in essere dai conviventi.*

Le eventuali adozioni realizzate dai conviventi risultano sottoposte alla disciplina espressamente prevista dalla l. n. 218/1995 in materia di adozione (artt. 38 e ss.) (133).

Tale disciplina pare fondarsi sul collegamento della cittadinanza dell'adottante, dal momento che gli altri criteri indicati dalla norma in esame (residenza e localizzazione della vita matrimoniale) sono destinati a regolare le adozioni poste in essere da coppie coniugate, secondo le generali previsioni dell'ordinamento italiano,

(130) In *Staatsblad*, 2001, n. 468.

(131) Il coniuge o il *partner* del padre biologico può invece vedersi riconosciuta tale prerogativa solo a seguito di una sentenza. Si veda sul punto WAALDIJK, *Small Changes. How the Road to Same - Sex Marriage Got Paved in the Netherlands*, in WINTERMUTE, ANDENÆS, *Legal Recognition*, cit., p. 437 ss.

(132) Si veda sul punto *infra* il par. 5 del capitolo V.

(133) Sull'art. 38 si veda in generale: CAFARI PANICO, *Art. 38*, in *Commentario*, cit., p. 194 ss.; FRANCHI, *Art. 38*, in *Legge 31 maggio 1995*, cit., p. 1203 ss.; TONOLO, *Art. 38*, in *Commento*, cit., p. 153 ss.; PINESCHI, *Adozione nel diritto internazionale privato italiano*, in COLLURA, LENTI, MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, Milano, 2002, p. 904 ss.

che, come noto, consente la realizzazione delle adozioni da parte di persone non coniugate solo in casi particolari e con effetti non legittimanti. Infatti la l. n. 184/1983, come modificata soprattutto a seguito dell'adattamento dell'ordinamento italiano alla Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 (134), consente l'adozione da parte di persona singola in presenza di particolari requisiti in capo all'adottando e all'adottante (135). Il cittadino italiano convivente potrà dunque porre in essere un'adozione, solo nei limiti previsti dalla disciplina appena considerata.

Per gli stranieri che abbiano intrapreso una convivenza registrata secondo una disciplina che li ammetta all'adozione (quale ad es. la l. catalana n. 10/1998 del 15 luglio 1998 e la l. olandese del 21 dicembre 2001, per le coppie eterosessuali, e la l. svedese del 24 ottobre 2002 e la l. belga del 24 aprile 2003, per le coppie omosessuali), si pone pertanto il problema di verificare l'operabilità di un'adozione legittimante da essi richiesta in Italia, ad eccezione dell'ipotesi in cui l'adottando sia un minore straniero che si trova in stato di abbandono in Italia (dato che in questo caso l'art. 37-*bis* della l. n. 184/1983 prevede l'applicabilità della legge italiana). Ciò anche alla luce della norma dell'art. 6.1 della Convenzione di Stra-

(134) L. 4 maggio 1983, n. 184, disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, in *G.U.*, s.o. al n. 133 del 17 maggio 1983, come modificata dalla l. 31 dicembre 1998, n. 476, ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale fatta a L'Aja il 29 maggio 1993. Modifiche alla l. 4 maggio 1983, n. 184 in materia di adozione di minori stranieri, in *G.U.*, n. 8 del 12 gennaio 1999 e da l. 28 marzo 2001, n. 149, modifiche alla l. 4 maggio 1983, n. 184 recante Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori » nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile, in *G.U.*, n. 96 del 26 aprile 2001.

(135) Quali ad es. il fatto che uno dei coniugi muoia o diventi incapace nel corso dell'affidamento preadottivo e dunque l'adozione possa essere posta in essere nei confronti dell'altro coniuge (art. 25, comma 4), oppure la circostanza che nel corso dell'affidamento intervenga separazione tra i coniugi affidatari (art. 25, comma 5), oppure ancora la circostanza che l'adottando sia orfano di entrambi i genitori (art. 44, comma 1, lett. *a*) e *c*), o si trovi nelle condizioni di *handicap* indicate dalla l. 5 febbraio 1992, n. 104 (art. 44, comma 1, lett. *c*), o ancora sia orfano di padre e di madre e abbia un rapporto stabile e duraturo con l'adottante (art. 44, comma 1, lett. *a*), o infine qualora sia configurabile una constatata impossibilità di affidamento preadottivo (art. 44, comma 1, lett. *d*).

sburgo del 24 aprile 1967, elaborata sotto gli auspici del Consiglio d'Europa in materia di adozione dei minori (136).

Secondo quanto prevede l'art. 38, l. n. 218/1995, l'adozione potrà essere pronunciata secondo quanto prevede la legge dello Stato di nazionalità dell'adottante e dunque anche in casi diversi da quelli previsti dalla l. n. 184/1983; occorrerà però che gli effetti prodotti dal richiamo della legge straniera non siano contrari ai principi fondamentali del sistema giuridico italiano secondo quanto prevede l'art. 16, l. n. 218/1995, come potrebbe ad es. accadere relativamente alle adozioni poste in essere da coppie omosessuali, stante la tradizionale regolamentazione italiana dell'adozione quale istituto riservato alle coppie eterosessuali coniugate (137).

Tuttavia sarà preclusa ai cittadini stranieri conviventi la possibilità di porre in essere in Italia un'adozione legittimante, dal momento che l'art. 38, comma 1, l. n. 218/1995 dispone per queste fattispecie la necessaria operatività della legge italiana. Ciò in quanto non pare accoglibile l'interpretazione secondo cui il rapporto tra le disposizioni contenute nell'art. 38, comma 1, va risolto attribuendo priorità e prevalenza alla norma di conflitto tradizionale (art. 38, comma 1, I parte), al fine di limitare al massimo l'operatività della c.d. « eccezione » (138). Si tratta, infatti, di una soluzione contraria alla *ratio* della disciplina materiale italiana, rivolta esclusivamente ad evitare che possano pronunciarsi in Italia adozioni legittimanti sulla base di una legge diversa da quella italiana (139).

(136) Convenzione resa esecutiva con l. 22 maggio 1974, n. 357, in vigore dal 25 agosto 1976.

(137) Per alcune aperture all'adozione del figlio del convivente, possibile ad es. secondo la l. danese del 2 giugno 1999, si veda invece, nella giurisprudenza francese, Tribunal de grande instance Paris, 27 giugno 2001, in *Droit de la famille*, 2001, n. 116. Per l'affermazione secondo cui sarebbe difficile invocare il limite dell'ordine pubblico rispetto ad un'adozione pronunciata secondo la disciplina della Convenzione dell'Aja del 1993, si veda inoltre BUCHER, *La famille*, cit., p. 78 ss.

(138) PIETRANGELI, *Richiamo internazionalprivatistico e applicazione del diritto del foro nella adozione di minori secondo la legge di riforma*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, pp. 557-590, p. 565.

(139) PICONE, *La riforma*, cit., p. 465.

Vi è tuttavia un'altra soluzione che consente ai membri di unioni civili di nazionalità straniera di realizzare in Italia un'adozione di minori con effetti legittimanti, e si individua nel richiedere, all'estero, la pronuncia del provvedimento di adozione legittimante, e successivamente ottenerne il riconoscimento in Italia secondo quanto prevede l'art. 41, l. n. 218/1995 (140) e dunque con necessità di distinguere tra le varie fattispecie ai fini di coordinare l'operatività della disciplina di cui alla l. n. 184/1983 con gli artt. 64-66 della l. n. 218/1995 (141). Anche in questo caso, il richiamo dell'ordine pubblico attenuato potrà agevolare forse il riconoscimento degli effetti di un istituto costituito all'estero, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale i legami affettivi già intercorrenti tra l'adottato e gli adottanti a seguito della pronuncia di adozione non possono essere rimessi in discussione (142).

4. (Segue): *la disciplina delle obbligazioni alimentari tra i conviventi e i figli.*

Nel sistema di conflitto italiano, la disciplina delle obbligazioni alimentari tra i conviventi e i figli è individuabile, nel quadro della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973, entro l'ordinamento determinato dalla residenza abituale del creditore di alimenti, ovvero dalla nazionalità comune al debitore, o dal foro (143). Analogamente a quanto si è visto per la Convenzione dell'Aja del 1961,

(140) PICONE, *La riforma*, cit., p. 467.

(141) Si ritornerà *amplius* sul punto al capitolo V.

(142) Si ricordi al riguardo l'evoluzione dell'orientamento espresso dalla Corte europea, dapprima nella sent. 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, cit., ed in seguito nella sent. 26 maggio 2002, *Frette c. Francia*, sul presupposto della diversità tra le due fattispecie, avendosi riguardo, nel primo caso ad un rapporto di filiazione già instaurato, e, nel secondo, ad un rapporto da costituirsi. Si veda sul punto *supra* il par. 2 del capitolo II.

(143) Sull'operatività di queste disposizioni, si veda *supra* il par. 1 di questa sezione di questo capitolo, per le obbligazioni alimentari tra conviventi.

applicabile alle relazioni tra genitori non coniugati e figli minori (144), anche la Convenzione del 1973 regola le obbligazioni alimentari nei rapporti tra i conviventi e i figli (145), pur non costituendo l'unico riferimento normativo per la disciplina della materia alimentare, sottoposta infatti anche dalla Convenzione dell'Aja del 24 ottobre 1956 (146).

La Convenzione del 1973 risulta applicabile alle relazioni tra i conviventi e i figli, dal momento che non definisce la nozione di obbligazioni alimentari alla stessa sottoposte; l'operatività della disciplina convenzionale viene delimitata in maniera indiretta, dato che l'art. 1 fa esclusivo riferimento all'ambito interpersonale in cui si pone il problema dell'obbligo alimentare (147). La natura dei rapporti in questione è irrilevante: può trattarsi di parentela legittima, illegittima, naturale o adottiva. In particolare, dalla circostanza secondo la quale, relativamente ai rapporti di matrimonio, si fa riferimento sia alle relazioni tra coniugi sia a quelle tra coniugi separati, divorziati o il cui matrimonio sia stato annullato, si ritiene possibile l'estensione della disciplina convenzionale agli obblighi alimentari tra soggetti conviventi (148).

Il problema del coordinamento di questa Convenzione con quella del 1956 si pone dato che l'art. 18 della Convenzione del 1973 dispone che quest'ultima rimane applicabile nei rapporti con gli Stati che — essendo parti della Convenzione precedente (149) — non hanno ratificato quella del 1973 (150), ma soltanto quando

(144) Si veda sul punto *supra* il par. 2 di questa sezione di questo capitolo.

(145) Si veda in tal senso SIEHR, *Family Unions*, cit., p. 419 ss.

(146) Convenzione resa esecutiva in Italia con l. 4 agosto 1960, n. 918, in G.U., n. 214 del 2 settembre 1960.

(147) BADIALI, *Le obbligazioni alimentari nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in SALERNO (a cura di), *Convenzioni internazionali*, cit., p. 79 ss., p. 83.

(148) BADIALI, *Le obbligazioni alimentari*, cit., p. 84.

(149) La Convenzione dell'Aja del 1956 è in vigore in: Austria, Belgio, Cina, Francia, Germania, Giappone, Italia, Liechtenstein, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svizzera, Turchia.

(150) La Convenzione dell'Aja del 1973 è in vigore in: Estonia, Francia, Ger-

il minore ha la sua residenza abituale in uno di tali Stati. La Convenzione del 1956 ha però un raggio d'azione diverso da quello della Convenzione del 1973, dal momento che quest'ultima individua la legge applicabile alle obbligazioni alimentari derivanti da tutti i tipi di rapporti di famiglia, di parentela, di coniugio o di affinità, ivi comprese quelle nei confronti di un figlio non legittimo (art. 1), mentre la prima riguarda esclusivamente gli alimenti dovuti ai minori (151). Tale duplicità di regime non può essere eliminata, nemmeno in base all'espressione « in ogni caso » di cui all'art. 45, perché l'art. 2 impone il rispetto delle Convenzioni internazionali di cui l'Italia fa parte (152). In concreto, tuttavia, anche qualora si ritenga di poter applicare la Convenzione dell'Aja del 1956 alle relazioni tra i conviventi e i figli non si determinano difficoltà di coordinamento con la Convenzione del 1973, dal momento che la disciplina da esse previste per l'individuazione della legge applicabile alle obbligazioni alimentari risulta in gran parte simile.

Problemi più delicati possono invece sorgere qualora, all'atto dell'individuazione della legge applicabile all'obbligazione alimentare si verifichi la necessità di valutare la questione preliminare della filiazione. Il richiamo di norme di conflitto difformi da parte dei giudici appartenenti agli ordinamenti collegati alla medesima situazione, in base alle diverse soluzioni possibili della questione preliminare (153), può determinare il riconoscimento di differenti *status* in relazione al medesimo figlio, anche alla luce del fatto che l'art. 2, par. 2 della Convenzione dell'Aja del 1973 stabilisce che « le decisioni rese in applicazione della Convenzione non pregiudicano l'esistenza di un rapporto di cui all'art. 1 ». In sede di lavori preparatori di una nuova Convenzione, nell'ambito della commis-

mania, Giappone, Grecia, Italia, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Spagna, Svizzera, Turchia.

(151) Si veda in generale sul punto: BADIALI, *Le obbligazioni alimentari*, cit., p. 80.

(152) Si veda in tal senso BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 507.

(153) Sulla quale si veda *infra* il par. 5 di questa sezione di questo capitolo.

sione speciale della Conferenza dell'Aja (154), si è anche suggerita l'adozione di una norma che stabilisca l'assorbimento della questione preliminare nell'ambito di applicazione della legge regolatrice dell'obbligazione alimentare; tale soluzione determinerebbe tuttavia problemi ai fini della riconoscibilità della medesima e dello *status* di figlio *erga omnes*.

5. *Questioni preliminari.*

Nel quadro della disciplina di conflitto proposta per le unioni civili, occorre poi considerare la possibilità che si presentino delle questioni preliminari, suscettibili di essere esaminate dal giudice italiano utilizzando l'art. 6 della l. n. 218/1995.

Infatti, anche se la *lex fori* non considera lo statuto dell'unione registrata o dell'accordo di convivenza e si rifiuta di assimilare tali istituti al matrimonio, è possibile che il giudice si confronti con l'esistenza di tali fattispecie, ovvero con le questioni che si pongono riguardo all'esistenza e validità di una situazione giuridica che condizioni, in qualità di presupposto, l'applicazione nel foro di una norma materiale straniera avente ad oggetto la disciplina di un determinato rapporto.

Ciò può accadere ad es. nel caso in cui il giudice si trovi a dover valutare la rilevanza dell'unione civile quale presupposto della capacità matrimoniale del soggetto che intenda contrarre matrimonio in Italia.

Come si è detto (155), tale caso presenta particolari difficoltà sia con riguardo ai cittadini italiani che abbiano concluso un'unione registrata all'estero ed intendano contrarre matrimonio in Italia senza aver posto fine a tale unione, sia relativamente ai cit-

(154) *Report on the First Meeting of the Special Commission on the International Recovery of Child Support and other forms of Family Maintenance*, 5-16 May 2003, Prel. Doc., n. 5, consultabile all'indirizzo <http://www.hcch.net>.

(155) Si veda sul punto *supra* il par. 7 del capitolo III.

tadini stranieri che si trovino nella medesima situazione. Per i cittadini italiani è infatti probabile che motivi di ordine pubblico ostacolino il riconoscimento della registrazione dell'unione con la conseguenza che il successivo matrimonio eventualmente dagli stessi contratto potrebbe essere annullato su iniziativa del coniuge ignaro del precedente legame (156). La capacità matrimoniale dei cittadini stranieri vincolati da unioni civili può invece essere negata, se la legge nazionale, richiamata dall'art. 27, l. n. 218/1995, prevede che lo *status* di convivente abbia effetti personali e familiari superabili solo tramite un atto che estingua l'accordo stesso (v. ad es. § 11, 1 della l. tedesca 2001, o la sez. 1 del cap. 3 della l. svedese 1994) (157), giungendo così a riconoscere, nell'ordinamento italiano, un'incapacità matrimoniale che può porre alcuni problemi di ordine pubblico, per contrasto con il principio fondamentale del *favor matrimonii*.

Si tratta evidentemente di risultati insoddisfacenti.

Configurando la questione della rilevanza dell'unione precedentemente registrata come questione preliminare alla valutazione della capacità matrimoniale, tali risultati possono essere corretti in modo tale da consentire allo *status* di convivente di esplicarsi in maniera assoluta sia con riguardo ai cittadini italiani sia con riguardo ai cittadini stranieri. Seguendo la soluzione proposta, nel quadro della presente ricerca (158), per il complesso problema delle questioni preliminari, coerentemente a quella suggerita per la determinazione della giurisdizione italiana in presenza di questioni pregiudiziali, ovvero la soluzione c.d. « disgiunta », che sottopone

(156) Si veda sul punto *supra* il par. 4 della I sezione di questo capitolo, anche per gli analoghi problemi determinati dal caso in cui il cittadino italiano contragga in Belgio un matrimonio con una persona dello stesso sesso, che sia cittadino belga o residente in Belgio, o in Spagna con un cittadino spagnolo o residente in Spagna. Se, in forza del limite dell'ordine pubblico, non si può riconoscere tale matrimonio in Italia, evidentemente il cittadino italiano potrà vedersi riconosciuto lo stato libero e contrarre matrimonio con un coniuge di sesso diverso in Italia.

(157) Sui quali si veda *supra* i par. 1 e 2 del capitolo I.

(158) Si veda sul punto *supra* il par. 7 del capitolo III.

la questione preliminare alla disciplina individuata tramite i criteri di collegamento del foro ad essa applicabili, pare possibile favorire l'operatività di un collegamento autonomo, più coerente alla determinazione dello *status* (159).

Quanto ai problemi di ordine pubblico generalmente determinati dalle unioni civili (160), e rilevanti anche ai fini della soluzione delle questioni preliminari, è possibile superarli con la nota teoria secondo la quale il limite dell'ordine pubblico opera in maniera meno intensa con riguardo alle norme straniere da prendere in considerazione al fine di risolvere una questione preliminare (161). In questo caso, infatti, le norme straniere competenti a regolare la convivenza non sono applicate all'interno del sistema giuridico del foro, ma vengono semplicemente considerate allo scopo di risolvere una questione posta dalla norma materiale straniera applicabile a seguito del richiamo delle norme di conflitto della *lex fori* (162). Tale soluzione, peraltro già delineata, anche nell'ambito della giurisprudenza italiana (163), con riguardo al matrimonio poligamico rispetto alle questioni successorie ad esso connesse, pare sostenibile anche alla luce delle recenti evoluzioni dell'ordine pubblico internazionale, e al richiamo allo stesso operato per negare applicazione

(159) D'altra parte, l'esistenza dell'unione, quale presupposto per l'acquisto dello *status* di convivente, e per l'esercizio delle prerogative ad esso connessa, non può in alcun modo riportarsi alle valutazioni materiali della *lex fori*, vista la stretta connessione tra tale questione e la condizione personale dei soggetti coinvolti.

(160) Sui quali si veda *amplius infra* al par. 8 di questa sezione di questo capitolo.

(161) ZICCARDI, *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, Milano, 1946, p. 52; AGO, *Convenzione dell'Aja sul matrimonio e questioni pregiudiziali in una recente sentenza*, in *Riv. dir. int.*, 1963, p. 11; PICONE, *Norme di conflitto speciali per la valutazione dei presupposti di norme materiali*, Napoli, 1969, p. 307; LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959, p. 73 ss.

(162) Si veda in tal senso, anche se con esclusivo riguardo alle unioni omosessuali, BOSCHIERO, *Les couples homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, cit., par. 9.

(163) Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Fam. dir.*, 1999, p. 327 con nota ZAMBRANO, e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 613. Sul punto DI GAETANO, *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 1698 ss.

alle leggi straniere contrarie al riconoscimento dello *status* di coniuge ai contraenti di matrimoni omosessuali (164).

6. *Operatività del rinvio.*

La disciplina di conflitto relativa alle unioni civili, sino ad ora descritta, è poi completata dalla previsione generale in tema di rinvio, di cui all'art. 13, l. n. 218/1995, ovvero dalla disposizione che pone la possibilità di determinare la legge applicabile non solo in base ai collegamenti indicati dal sistema italiano di diritto internazionale privato, ma anche grazie ai criteri contenuti nelle norme di conflitto dell'ordinamento richiamato, al fine di realizzare un miglior coordinamento dei sistemi giuridici in conflitto (165).

Diversa è tuttavia l'operabilità di tale procedimento con riguardo ai criteri di collegamento applicabili in relazione ai differenti aspetti delle unioni civili, dal momento che l'art. 13 della l. n. 218/1995 stabilisce limiti e condizioni al funzionamento del rinvio (166).

L'art. 13, comma 2, lett. *a*), della l. n. 218/1995, dispone innanzitutto che l'operatività del rinvio è esclusa « nei casi in cui le disposizioni della presente legge rendono applicabile la legge straniera sulla base della scelta effettuata in tal senso dalle parti interessate ». Poiché, come si è detto, l'*electio iuris*, anche implicita, è proponibile come collegamento principale in tema di unioni registrate e accordi di convivenza, è evidente che il rinvio non potrà

(164) Si veda sul punto la *Resolución - Circular* del 29 luglio 2005 della Direzione generale dei registri e del notariato del Ministero della giustizia spagnolo, cit., che prevede l'inapplicabilità degli ordinamenti che non riconoscano il matrimonio omosessuale, introdotto con la l. n. 13/2005, per contrarietà all'ordine pubblico.

(165) Ciò, nonostante *de iure condendo* siano possibili anche altre soluzioni, quale l'esclusione del rinvio, come suggerito da CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes*, cit., p. 222 ss.

(166) Sui limiti al funzionamento del rinvio posti dall'art. 13, si veda in generale MUNARI, *Art. 13*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 1018 ss. PICONE, *La riforma*, cit., p. 126.

operare qualora i conviventi abbiano individuato volontariamente la disciplina applicabile a tale situazione. La scelta di legge svolge infatti un ruolo assorbente e primario quanto alla definizione spaziale della fattispecie, e dunque non potrebbe essere derogato dalla presenza di un diverso criterio entro il sistema giuridico richiamato. È solo tramite l'espressa negazione del rinvio che si riesce ad assicurare alle parti l'effettività della loro scelta (167).

Quanto alla nazionalità dei conviventi, applicabile ai presupposti per la costituzione delle unioni civili, seguendo la qualificazione di tali fattispecie come rilevante ai fini dello *status* personale, non vi è alcun dubbio che il rinvio possa operare con la conseguenza che se il sistema di conflitto dell'ordinamento così richiamato attribuisce la competenza a regolare la materia alla legge dello Stato di residenza abituale o di domicilio comune dei conviventi, potrà rendersi necessario far riferimento o alla legge italiana (rinvio indietro), qualora tali collegamenti siano localizzati entro il nostro paese (168) oppure a seguito della previsione del collegamento del luogo di registrazione (169), alla legge di un terzo paese (rinvio oltre), che accetti il rinvio.

Il rinvio corrisponde infatti al fine dell'armonia internazionale delle soluzioni, evitando che i soggetti ritenuti conviventi dall'ordinamento nazionale non possano vedere riconosciuto tale *status* ed

(167) Nel sistema di conflitto italiano sono diverse le disposizioni in relazione alle quali il rinvio non può operare per la previsione dell'*electio iuris*. Anche in altri sistemi di diritto internazionale privato, il rinvio è escluso nelle materie sottoposte all'autonomia delle parti: si veda ad esempio l'art. 4, comma 2, dell'EGBGB e l'art. 11 della legge federale austriaca. Si veda sul punto VON OVERBECK, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents*, in *Recueil des Cours*, vol. 176, 1982-III, p. 9 ss., p. 146 ss.; DROZ, *Regards*, cit., p. 316 ss.

(168) Cfr. sul punto PICONE, *Modalità di designazione della legge applicabile nel diritto internazionale privato della famiglia*, in *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003, p. 681.

(169) Come suggerito dalla dottrina straniera: KESSLER, *Les partenariats enregistrés*, cit., p. 139; BOGDAN, *IPR-Aspekte*, cit., p. 56. Nella dottrina straniera favorevole a tale collegamento, si veda tuttavia l'orientamento contrario all'operatività del rinvio di DEVERS, *Le concubinage*, cit., p. 220 ss.

esercitare le prerogative allo stesso connesse nel sistema giuridico ritenuto da tale ordinamento competente in materia (170). Ciò, pur riscontrandosi una tendenza contraria all'ammissione del rinvio nella disciplina delle unioni civili, sostenuta in dottrina (171) e codificata ad es. nell'art. 17a EGBGB, quale eccezione alla norma dell'art. 4 EGBGB, per il rischio che tale procedimento determini il richiamo di un ordinamento che non prevede la regolamentazione di tali unioni.

La disposizione dell'art. 13, comma 3, prevede inoltre il rinvio in materia di filiazione (art. 33), legittimazione (art. 34), riconoscimento del figlio naturale (art. 35), solo nelle ipotesi in cui esso conduca all'applicazione di una legge che consente lo stabilimento della filiazione, e dunque come rinvio *in favorem*. Pertanto, al di là dei complessi problemi interpretativi che l'applicazione di tale norma può determinare, e che non è possibile affrontare in questa sede (172), è evidente che per le disposizioni concernenti la determinazione della disciplina di conflitto tra genitori conviventi e figli, ovvero l'art. 33 in materia di filiazione e l'art. 35 in tema di riconoscimento del figlio naturale, potrà rilevare il procedimento del rinvio. Pertanto se la legge nazionale del figlio dei conviventi prevede un collegamento che conduce all'operatività di un sistema giuridico più favorevole all'accertamento dello *status* di figlio, si potrà dar seguito a tale forma di rinvio, e, in sostanza, la legge così individuata si applicherà « solo quando nessuna delle leggi in prima battuta richiamate risulti idonea a produrre l'effetto materiale richiesto » (173). Una volta superate le obiezioni di quanti ritengono di

(170) In senso favorevole all'ammissione del rinvio nella disciplina delle unioni civili, si veda l'art. 5, 2° comma, della l. olandese, *Loi sur les conflits de lois en matière de partenariat enregistré*, cit.

(171) DEVERS, *Le concubinage*, cit., p. 220.

(172) Si veda sul punto MUNARI, *Art. 13*, cit., p. 1032 ss.; MOSCONI, *Persone, famiglia e successioni*, cit., p. 163 e s.; PICONE, *La riforma*, cit., p. 160 ss.; ID., *Modalità di designazione*, cit., p. 686 ss.; VENTURI, *Sul c.d. rinvio in favorem nel sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, pp. 525-556.

(173) PICONE, *Modalità di designazione*, cit., p. 686.

interpretare in maniera restrittiva l'eccezione del rinvio *in favorem* (174), non è dato infatti riscontrare alcun limite all'operatività della norma dell'art. 13, comma 3, che codifica generalmente la figura particolare del rinvio ispirato al contenuto materiale delle regolamentazioni applicabili.

Più complessa è invece la determinazione della disciplina di conflitto applicabile alla contestazione della filiazione da parte di uno dei conviventi, ad es. in sede di disconoscimento della paternità. Ciò, in ragione del fatto che la norma dell'art. 33, comma 3, della l. n. 218/1995 prevede soltanto che « lo stato di figlio legittimo acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge », e pertanto non si attaglia all'ipotesi dell'accertamento della filiazione rispetto a genitori non coniugati. Due le soluzioni possibili: da un lato l'interpretazione del *favor filiationis* come principio ispiratore dell'opinione che la contestazione della filiazione vada limitata il più possibile e quindi riconosciuta ammissibile solo se corrisponde ai requisiti di tutte le leggi ritenute dall'art. 33 applicabili, secondo il criterio del cumulo; dall'altro la soluzione più ragionevole e fondata sulla norma dell'art. 33, comma 3, come criterio generale, operante al di là dei casi di filiazione legittima, in base al quale è evidente che la filiazione va contestata sulla base della stessa legge in forza della quale essa è stata affermata.

D'altra parte, è da escludersi in linea generale l'eccessiva estensione del *favor filiationis*, cui si ispira la norma dell'art. 13, comma 3, dal momento che il riconoscimento di esso quale principio fondamentale dell'ordinamento italiano potrebbe determinare interpretazioni di istituti stranieri ispirate a nozioni e concezioni proprie del foro, disattendendo così in maniera completa il disposto normativo dell'art. 15, l. n. 218/1995 (175). Tale interpretazione

(174) Si veda in tal senso: MUNARI, *Art. 13*, cit., loc. ult. cit.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 250 ss.

(175) Per un'applicazione di tale principio, e la conseguente interpretazione

delle norme straniere, in vista dell'adeguamento delle medesime alla *lex fori*, peraltro inammissibile anche in caso di contrasto con l'ordine pubblico alla luce di quanto prevede l'art. 16 della l. n. 218/1995 pare comunque censurabile in quanto fondata su presupposti contraddittori: con l'obiettivo di dare attuazione ai valori essenziali del foro, si disattende il principio fondamentale di apertura ai valori giuridici stranieri cui si ispira il sistema italiano di diritto internazionale privato.

Infine, poiché alla disposizione dell'art. 13, comma 4, si ricollega generalmente l'inapplicabilità del rinvio nell'ambito delle convenzioni internazionali, è evidente che di regola il rinvio non opera nelle questioni concernenti le unioni civili, sottoposte a tali convenzioni, quali ad es. la Convenzione dell'Aja del 1973 in materia di obbligazioni alimentari e la Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori. L'esclusione del rinvio è, tra l'altro, esplicitamente prevista dall'art. 42, par. 1 della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre del 1961, e dalla Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari (art. 45). Ciò, a meno di non riconoscere una figura particolare di rinvio nella norma dell'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1961, secondo la quale « un rapporto d'autorità risultante di pieno diritto dalla legislazione interna dello Stato di cui il minore è cittadino è riconosciuto in tutti gli Stati contraenti » (176), coerentemente al

della nozione di alimenti propria del diritto camerunese, applicabile nell'ambito di un'azione di accertamento giudiziale di paternità, si veda infatti Cass., 26 febbraio 2002, n. 2791, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, pp. 726-732, p. 730, e, su di essa, in senso opportunamente critico, PITTALUGA, *La prova del diritto straniero: evoluzioni giurisprudenziali in Francia e in Italia*, *ivi*, 2002, pp. 675-694; MARONGIU BUONAIUTI, *Un ritorno al « diritto internazionale privato facoltativo » in una recente sentenza della Corte di cassazione?*, in *Riv. dir. int.*, 2002, pp. 962-967.

(176) Quale « il rinvio di qualificazione ausiliario », procedimento che definisce il trasferimento di competenza tra ordinamenti, individuando il sistema giuridico idoneo a delineare la qualificazione di una fattispecie, spesso oggetto di classificazioni differenti, al fine di raggiungere l'armonia delle soluzioni, nell'applicazione effettiva della disciplina convenzionale, secondo l'elaborazione di JAYME, *Zur Qualifikationsverweisung*, cit., p. 99 ss.

valore sistematico attribuito all'art. 13, comma 4, l. n. 218/1995, nel senso della necessità di conformarsi alle soluzioni delle questioni di carattere generale, che si pongano all'atto dell'applicazione delle convenzioni internazionali richiamate dal sistema italiano di diritto internazionale privato (177).

7. (Segue): *operatività del rinvio di qualificazione.*

Dalla circostanza che all'esito della qualificazione delle unioni civili si determinano le disposizioni, in base alle quali si può compiere la definitiva valutazione delle questioni ad essi collegate, da effettuarsi seguendo i principi propri dell'ordinamento cui esse appartengono, secondo le indicazioni dell'art. 15 della legge italiana di diritto internazionale privato, si determina la possibile operatività di una particolare forma di rinvio, il rinvio di qualificazione, ovvero il procedimento di coordinamento tra ordinamenti giuridici, che consente di risolvere i conflitti di qualificazioni che si danno quando alla classificazione effettuata dal foro per il funzionamento della propria norma di conflitto si opponga altra diversa entro l'ordinamento richiamato (178). In questo modo si rispetta, infatti, la funzione di coordinamento con i valori giuridici esterni all'ordinamento del foro che il legislatore generalmente assegna alle norme di diritto internazionale privato, ritenendo che se il diritto straniero è considerato competente a regolare una fattispecie, allora esso deve essere applicato nel suo complesso, indipendentemente dal fatto che contenga qualificazioni differenti da quelle della *lex fori*.

La diversa classificazione delle questioni concernenti le unioni civili nell'ambito dell'ordinamento straniero chiamato a discipli-

(177) BOSCHIERO, *Appunti*, cit., p. 197.

(178) Sul punto si veda generalmente TONOLO, *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di leggi*, Milano, 2003.

narle rileva sia al fine dell'individuazione delle disposizioni materiali ad esse applicabili, sia per il funzionamento delle norme di diritto internazionale privato. Se la prima conseguenza di tale seconda qualificazione (determinazione della disciplina materiale degli istituti della convivenza) non pone particolari difficoltà all'interprete, più complessa pare invece la seconda conseguenza, ovvero, in caso di operatività del rinvio, l'incidenza della qualificazione straniera sul funzionamento delle norme di diritto internazionale privato dell'ordinamento in cui essa viene effettuata.

Significativo è, a tale riguardo, l'orientamento della giurisprudenza francese, secondo la quale, nell'impossibilità di tratteggiare una disciplina unitaria della materia delle unioni di fatto, è preferibile sottoporre tali fattispecie alle norme previste per la situazione cui si ricollegano in relazione alle circostanze del singolo caso di specie: ad es. norme in tema di responsabilità non contrattuale per l'interruzione della convivenza, disposizioni contrattuali per la disciplina degli interessi comuni (179).

Alla luce di tale circostanza, si è pertanto autorevolmente ipotizzata l'operatività del rinvio di qualificazione con riguardo ad es. al caso in cui due francesi residenti in Svezia abbiano lì registrato ed in seguito dissolto un partenariato, e si siano successivamente rivolti ai giudici francesi (del domicilio) per ottenere la divisione dei beni mobili (180). Si deve infatti considerare la possibilità che l'ordinamento svedese, richiamato a titolo di *lex loci delicti*, determini un rinvio alla legge nazionale comune e dunque un rinvio indietro alla legge francese, non certo sulla base di un diverso criterio di collegamento, ma piuttosto in ragione della differente quali-

(179) Si veda in tal senso Tribunal de grande instance Paris, 21 novembre 1983, cit., p. 628 ss. E, in generale, per la prospettazione teorica dell'operatività del rinvio di qualificazione in tema di *union libre*, AUDIT, *Droit international privé*, cit., p. 512.

(180) GAUTIER, *Les couples internationaux*, cit., p. 532 ss. Si veda tuttavia *contra* KESSLER, *Les unions enregistrés*, p. 65, che esclude tale soluzione per la complessità del procedimento in esame.

ficazione della fattispecie nell'ambito dello statuto personale dei soggetti.

Anche con riguardo all'ordinamento italiano, ove il coordinamento tra le disposizioni degli artt. 15 e 13 della l. n. 218/1995 pone le premesse per l'operatività del rinvio di qualificazione, tale procedimento può rivelare la propria utilità nella determinazione della disciplina di conflitto delle unioni civili (181).

Si pensi ad es. al caso in cui due cittadini della Florida, conviventi in Italia, concludano, nel loro paese d'origine, un accordo di convivenza in cui si prevede che in caso di cessazione del rapporto l'uno verserà all'altro la somma di \$ 2000 al mese, in considerazione della diversa capacità economica dei conviventi. Alla cessazione del rapporto, uno dei *partners* si rivolge ai giudici italiani per veder attuata la propria pretesa, in base al titolo di giurisdizione del domicilio del convenuto. Qualora il giudice italiano faccia riferimento all'*electio iuris* dei *partners*, verrà in rilievo la qualificazione seguita nello Stato della Florida per gli accordi di convivenza. In assenza di uno *Statute* specificamente previsto per questi *Nuptial-Like Agreements* (182), vi è da considerare l'estensione analogica della disciplina prevista dagli *Statutes of Frauds* per gli accordi pre-nuziali (183). Una soluzione di tale conflitto di qualificazioni può tuttavia essere trovata nel rinvio di qualificazione: per quanto attiene all'obbligo di mantenimento, nel caso di specie, potrà allora determinarsi un rinvio di qualificazione alla *lex fori*, in base alla tradizionale qualificazione processuale degli *Statutes of Frauds*.

(181) Si veda sul punto TONOLO, *Il rinvio*, cit., p. 164 ss.

(182) GORDON, *The Necessity and Enforcement of Cohabitation Agreements: when Strings will attach and how to prevent them - a State Survey*, in *Brandeis Law Journ.*, 1998-1999, p. 256.

(183) Per un'ampia analisi dell'evoluzione relativa alla qualificazione degli *statutes of frauds* nei paesi di *civil law* e di *common law*, si veda DONATH, *Die Statutes of Frauds der US-amerikanischen Bundestaaten aus der Perspektive des deutschen Kollisionsrechts*, in *IPRax*, 1994, pp. 333-340.

8. *Problemi di ordine pubblico e possibile rilevanza delle norme straniere di applicazione necessaria.*

Nella definizione della disciplina applicabile alle unioni civili, la qualificazione di esse come istituti ignoti all'ordinamento italiano può porre la necessità di confrontarsi con alcuni problemi di ordine pubblico.

A tale riguardo è evidente che, relativamente a questa condizione, sorgono vari problemi, perché gli istituti ora in esame sono privi di disciplina, ma non del tutto privi di effetti nell'ordinamento italiano, e dunque determinano problemi interpretativi differenti da quelli che caratterizzano altri istituti ignoti, come ad es. la *Zugewinnausgleich*, ovvero la pretesa di compensazione avente ad oggetto i beni acquistati in pendenza di matrimonio ed azionabile, in caso di divorzio, da parte dei coniugi che abbiano vissuto secondo il regime della « comunione dei guadagni », *Zugewinnngemeinschaft* (§§ 1373-1374 BGB) (184), o i patti successori, vietati dall'ordinamento italiano (art. 458 c.c.), ma previsti da alcuni sistemi (ad es. Svizzera, Germania, Austria, Regno Unito) che li ammettono e li regolano secondo differenti tipologie: patti istitutivi, con cui si costituisce l'istituzione di erede o di legatario; patti dispositivi o rinunciativi, tramite i quali si dispone non della propria successione, ma dei diritti che possono derivare dalla successione, non ancora aperta, di un altro soggetto (185), o ancora i *Laches* e l'*Estoppel*

(184) Si veda in generale sul punto LORENZ, *Gebrauchsvermögen, Ersparnisse und gesetzlicher Güterstand im deutsch-österreichischen Verhältnis: Normenmangel oder renvoi kraft abweichender Qualifikation?*, in *IPRax*, 1995, pp. 47-51; DERSTADT, *Der Zugewinnausgleich nach § 1371 BGB bei Geltung des französischen Erbrechts*, *ivi*, 2001, pp. 84-91; DROZ, *Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé*, in *Recueil des Cours*, 1974-III (143), pp. 1-138, p. 97; ID., *Regards sur le droit international privé comparé*, cit., p. 325 ss.

(185) Per un'analisi di diritto comparato relativamente alla disciplina dei patti successori si veda DE GIORGI, *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, XXXII, p. 533 ss. Per i problemi di diritto internazionale privato si veda DROZ, *Saisine héréditaire et administration de la succession en droit international privé français et comparé*, in *Revue critique*, 1970, p. 183 ss.; ID., *Regards sur le droit international privé comparé*,

statunitensi, istituti simili alla prescrizione estintiva quanto agli effetti, ma suscettibili della flessibilità propria dei rimedi equitativi, e dunque necessariamente sottoposti ad un criterio di collegamento specifico in ragione delle loro peculiarità (186).

Con riguardo alle unioni civili, è evidente che la possibilità del determinarsi di effetti entro l'ordinamento italiano richiede che la compatibilità con l'ordine pubblico vada accertata in relazione a quest'ultimo aspetto e dunque alle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza in ordine alla regolamentazione degli effetti di volta in volta considerati (ad es. diritto di proprietà e obbligo di mantenimento) (187).

Nell'ambito di tale verifica di compatibilità delle unioni civili con l'ordine pubblico, viene dunque in rilievo l'art. 16 della l. n. 218/1995, che esclude l'applicabilità della legge straniera qualora i suoi effetti siano contrari all'ordine pubblico (188). Il riferimento del limite in esame all'esclusione di effetti inaccettabili, derivanti dall'operatività di norme straniere, consente di ampliarne, in via ermeneutica, la portata fino ad incidere non tanto sul richiamo dell'ordinamento straniero nel suo astratto contenuto generale, quanto sulle conseguenze che le disposizioni individuate all'interno di esso producono nel caso concreto.

La conseguenza dell'accertato contrasto con l'ordine pubblico degli effetti dell'applicazione della legge straniera risulta pertanto la

cit., p. 325 ss.; HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, Paris, 1986, p. 105 ss.; PICONE, *La riforma*, cit., p. 92 ss.; DE CESARI, *Autonomia della volontà*, cit., p. 99 ss.

(186) Si veda in generale sul punto VON HOFFMANN, *NonStatutory Defenses: Laches and Equitable Estoppel*, in *Patents, Copyrights, Trademarks and Literary Property Course Handbook*, Practising Law Institute, 1991, p. 4 ss.

(187) Si veda sul punto App. Milano, 16 novembre 1993, cit.; App. Milano, 4 dicembre 1995, cit.; Trib. Milano, 23 gennaio 1997, cit.; Trib. Minorenni Perugia, 16 gennaio 1998, cit.; Trib. Palermo, 3 settembre 1999, cit.

(188) Sull'art. 16, si veda, in generale, BOSCHIERO, *Art. 16*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 1046 ss.; MOSCONI, *Art. 16*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, cit., p. 78 ss.; CARBONE S.M., IVALDI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 2000, p. 47 ss.; CONETTI, *Art. 16*, in *Commento*, cit., p. 50 ss.

completa disapplicazione di quest'ultima, non essendo proponibili interpretazioni rivolte all'adattamento o alla depurazione (189) del diritto straniero, in base agli assunti propri del sistema italiano di diritto internazionale privato. In caso di accertato contrasto con l'ordine pubblico della normativa individuata per regolare le questioni collegate alle unioni civili, si effettuerà dunque dapprima il richiamo di un altro ordinamento che presenti una connessione significativa con la fattispecie che presenti elementi di estraneità; in mancanza di altri collegamenti, si applicherà, a titolo residuale, la *lex fori* (190).

Relativamente alle unioni civili, non è tuttavia sicuro che la valutazione degli effetti derivanti dalla disciplina ad esse applicabile possa escludere l'operatività di quest'ultima, in considerazione del rilievo assunto dai valori di giustizia materiale sottesi a tali fattispe-

(189) Tali interpretazioni vengono proposte dalla dottrina tedesca sulla base di considerazioni di carattere generale, quale ad esempio la circostanza che l'alternativa ad essa, e cioè l'operatività della *lex fori* in forza dell'ordine pubblico, è spesso priva di legami con la questione controversa. In tale contesto appare dunque preferibile la sostituzione del diritto straniero con altre norme appartenenti allo stesso sistema giuridico, che vengono rese applicabili, in forza di un adattamento alle circostanze del caso, una volta eliminate le regole contrarie all'ordine pubblico del foro. Si veda in tal senso: LEWALD, *Règles générales des conflits de lois*, cit., p. 142 ss.; NUSBAUM, *Deutsches internationales Privatrecht*, Tübingen, 1932, p. 69; RAAPE, *Internationales Privatrecht*, cit., pp. 90-101; RAAPE, STURM, *Internationales Privatrecht*, München, 1977, p. 215 ss.; DÖLLE, *Der ordre public im internationalen Privatrecht*, in *Beiträge zum bürgerlichen Recht*, Tübingen, 1950, p. 397 ss., e specialmente pp. 408-409; RABEL, *The Conflict of Laws*, vol. III, cit., pp. 515-516; VISCHER, *General Course on Private International Law*, in *Recueil des Cours*, 1992-I, p. 104. Si veda inoltre sul punto LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public*, cit., p. 237, secondo il quale l'ordine pubblico interviene « *non pas pour éliminer la loi étrangère, mais pour l'habiller à la mode du for et lui donner ses chances d'efficacité* ».

(190) Anteriormente alla riforma del diritto internazionale privato italiano, non si seguiva invece tale metodo di interpretazione ed applicazione dell'ordine pubblico, dal momento che nel caso in cui l'applicazione della legge straniera fosse esclusa per contrasto con tale limite la soluzione preferita consisteva nell'applicazione della *lex fori*. Si veda sul punto, per tutti, MOSCONI, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, in *Recueil des Cours*, vol. 217, 1989-V, p. 109 ss.; ID., *Qualche considerazione sugli effetti dell'eccezione di ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 5 ss.

cie (191). Se infatti può risultare difficile il riconoscimento di effetti matrimoniali ad unioni costituite all'estero (192), in quanto contrastanti con i valori che costituiscono i principi generali informatori del foro (193), come già affermato dalla giurisprudenza italiana nel vigore dell'art. 31 disp. prel. c.c. (194), non pare tuttavia esclusa la possibilità di affermare l'idoneità delle stesse a costituire diritti e obblighi, quali ad es. i diritti successori o il diritto agli alimenti.

È infatti possibile teorizzare l'operatività dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico (195), ovvero dell'effetto, proposto soprattutto dalla dottrina straniera (196), secondo il quale, poiché la si-

(191) Sull'influenza dei valori di giustizia materiale in ordine alle scelte operate dalle norme di conflitto, si veda in generale BUCHER, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, vol. 239, 1993, p. 26 ss.; MOSCONI, *Exceptions to the Operation*, cit., p. 127.

(192) Si veda sul punto la circolare del Ministero degli affari interni del 26 marzo 2001, relativa al regolamento per la revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 283 ss.

(193) È infatti evidente il carattere internazionale del limite contenuto nell'art. 16, l. n. 218/1995, senza che occorra così qualificarlo. Si veda sul punto: DAVI, *Le questioni generali di diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 132; BOSCHIERO, *Appunti*, cit., pp. 226-228; ID., *Art. 16*, cit., p. 1049 ss.; MOSCONI, *Art. 16*, cit., p. 80 ss.; CARBONE S.M., IVALDI, *Lezioni*, cit., p. 51 ss.; CONETTI, *Art. 16*, cit., p. 51.

(194) Si veda in tal senso Cass., 21 ottobre 1955, n. 3399, in *Riv. dir. int.*, 1957, p. 587, che ha affermato la contrarietà all'art. 31 disp. prel. c.c. di leggi che « non possono in nessun caso avere effetto nel territorio dello Stato ». Nel caso di specie si trattava di una controversia concernente l'assunzione del cognome del convivente da parte di una cittadina inglese in applicazione della propria legge nazionale, contestata dalla moglie separata dell'uomo che lamentava la contrarietà all'ordine pubblico della disciplina straniera che aveva autorizzato un'altra persona ad utilizzare il cognome del marito.

(195) Per l'applicazione giurisprudenziale di tale principio, seppure anteriormente alla riforma del diritto internazionale privato italiano, e con riguardo alla delibazione delle sentenze straniere, si veda Cass., 24 novembre 1989, n. 5074, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, pp. 155-158. Per l'applicazione dell'attenuazione dell'ordine pubblico con riguardo al riconoscimento delle convivenze registrate, si veda GAUTIER, *Les couples internationaux*, cit., p. 530 ss.; TOMASI, *Status familiari*, cit., p. 213 e s.; si veda inoltre *amplius* BOSCHIERO, *Les couples homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, cit., par. 9.

(196) MÜLLER, *Der Grundsatz des woblerworbenen Rechts im internationalen Privatrecht*, Zurich, 1935; LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public*, cit., p. 73 ss.; WICH-

tuazione giuridica determinata dalle unioni civili si è creata all'estero, l'ordine pubblico previsto dalle norme italiane può applicarsi con minor rigore, e quindi non contrastare il riconoscimento delle conseguenze di tali istituti, che si possono in tal senso configurare nell'ambito della teoria dei diritti quesiti, ovvero della teoria che si rivolge a verificare la possibilità di procedere alla protezione e al riconoscimento, nel foro, delle situazioni giuridiche costituite all'estero, anche se in condizioni conformi alle soluzioni accolte, in materia di legge applicabile, dalle disposizioni di conflitto della *lex fori*.

Si tratta evidentemente di un effetto di limitata applicazione, soprattutto alla luce della sua possibile finalizzazione alla frode alla legge, determinata dal fenomeno di c.d. « *registration shopping* » (197), circostanza quest'ultima che ha indotto parte della dottrina a teorizzare in questo caso l'operatività del c.d. « ordine pubblico di prossimità » (198), e ad affermare che il funzionamento del limite non potrebbe subire attenuazioni con riguardo ai soggetti che presentano collegamenti esclusivi con l'ordinamento del foro, evitando così che essi effettuino una registrazione entro un ordinamento più favorevole alle loro esigenze, confidando poi nell'ordine pubblico attenuato per ottenerne il riconoscimento nello Stato d'origine (199).

Quanto all'ordinamento italiano, la limitata applicabilità dell'effetto dell'ordine pubblico attenuato pare inevitabile, sia alla luce

SER, *Der Begriff der wohlerworbenen Rechte im internationalen Privatrecht*, Zurich, 1955; FERRER CORREIA, *La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales*, in *Multitudo Legum - Jus Unum. Festschrift W. Wengler*, Berlin, 1973, p. 285 ss.; LOUSSOUARN, BOUREL, *Droit international privé*, Paris, 2001, p. 314 ss.; BUCHER, *La famille*, cit., p. 131 ss. Nella dottrina italiana, si veda per la prospettazione del medesimo entro la l. n. 218/1995, seppure su premesse differenti: BOSCHERO, *Ap-punti*, cit., pp. 235-236; PICONE, *Les méthodes*, cit., p. 227 ss.

(197) Sul quale si veda *supra* il par. 5 della I sezione di questo capitolo.

(198) Sul quale, si veda in generale BUCHER, *La famille*, cit., p. 62 ss.; GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*, *Cours général*, in *Recueil des Cours*, 2005 (312), p. 424 ss.

(199) KESSLER, *Les partenariats enregistrés*, cit., p. 223 ss.

dell'assenza di disciplina materiale per le unioni civili, sia alla luce della previsione normativa dell'art. 13, comma 1, lett. a), l. n. 218/1995 e del riferimento dallo stesso operato alla derogabilità della *lex fori* a seguito di un rinvio oltre accettato.

Secondo la prospettiva da cui è partita la presente ricerca, ovvero il metodo tradizionale di soluzione dei conflitti tra ordinamenti sulla base della localizzazione della fattispecie, il fondamento normativo per circoscrivere l'ordine pubblico, ai fini di attenuarne gli effetti sulla disciplina delle unioni civili, non può individuarsi infatti se non nella disposizione concernente la delimitazione della *lex fori*, a seguito del richiamo globale ai sistemi giuridici in materia competenti. La soluzione del medesimo problema nel quadro di differenti metodi di coordinamento tra sistemi giuridici, quale ad es. quello del riferimento all'ordinamento competente, potrebbe d'altra parte essere ugualmente individuata tramite il richiamo di altre disposizioni, quale ad es. l'art. 65, l. n. 218/1995 (200).

Tale soluzione parrebbe inoltre suggerita dalla c.d. « comunitarizzazione dell'ordine pubblico » (201), ovvero dal procedimento secondo il quale, nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato, il concetto di ordine pubblico nazionale pare destinato a subire i condizionamenti e le limitazioni posti dalla legislazione comunitaria, o, nel caso delle unioni civili, dalla legislazione degli altri Stati membri dell'Unione europea (202), come evidenziato nella versione del 2004 del progetto su « *Le partenariat et le droit international privé* », elaborato dal Gruppo europeo di diritto internazionale privato. L'art. 6 propone infatti di limitare l'operatività dell'ordine pubblico nazionale in materia di coppie non tradizionali, sia con riguardo alla determinazione della legge

(200) PICONE, *Les méthodes*, cit., p. 231.

(201) BERTOLI, *Corte di giustizia*, cit., p. 501 s.

(202) Si veda in generale sul punto FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne*, in *Recueil des Cours*, 1995 (253), p. 87.

applicabile a tali fattispecie (203), sia relativamente al riconoscimento dei provvedimenti ad essi relativi (204), nel quadro della libera circolazione degli individui.

La teorizzazione dell'affievolimento dell'ordine pubblico in ragione della comunitarizzazione del medesimo limite rappresenta, tuttavia, una soluzione ancora incerta, dal momento che non si può trascurare un recente orientamento dei giudici comunitari, secondo il quale il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di uno Stato membro può essere invocato da quest'ultimo per derogare alle norme comunitarie sulla libera circolazione, sempre che tale diritto sia riconosciuto anche nell'ambito dell'ordinamento comunitario in quanto espressione di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri o desumibile dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo (205). Pertanto, la scelta dell'ordinamento italiano di non riconoscere le unioni registrate in altri Stati comunitari potrebbe rappresentare una modalità di tutela della famiglia tradizionalmente protetta dall'art. 29 Cost., e quindi suscettibile di affermarsi nonostante il rispetto per la vita familiare garantito dall'ordinamento comunitario (206). La diversa ricostruzione delle unioni civili, sino ad ora proposta nel quadro dell'art. 2 Cost. (207), ovvero quale affermazione dei diritti fondamentali dell'individuo, dovrebbe tuttavia consentire un agevole superamento di tale giurisprudenza.

(203) La Variante 1 del progetto, doc. *Quatorzième réunion Tenerife*, 17-19 septembre 2004, consultabile all'indirizzo: <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>, prevede infatti: « Dans les situations visées par le droit de l'Union européenne, un État membre ne peut écarter l'application du droit d'un autre État (membre) du seul fait que ce droit permet le mariage de personnes de même sexe ou une relation de partenariat entre personnes de même sexe ou de sexe différent (à moins que l'un et l'autre partenaires avaient leur résidence habituelle sur son territoire au moment de la conclusion de la relation) ».

(204) Su tale aspetto si ritornerà ampiamente *infra* al capitolo V.

(205) Corte giustizia CE, 14 ottobre 2004, in causa C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenanstalt GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Raccolta*, 2004, par. 33.

(206) Si veda in tal senso TOMASI, *Status familiari*, cit., p. 214.

(207) Si vedano sul punto *supra* i par. 3 e 4 della I sezione di questo capitolo.

Altri limiti alla disciplina delle unioni civili potrebbero porsi, seppure in misura molto più ristretta per effetto delle norme straniere di applicazione necessaria, che potrebbero trovare applicazione da parte del giudice italiano, sia nell'ipotesi in cui appartenessero all'ordinamento richiamato a regolare le unioni civili, nel rispetto di quanto prevede l'art. 15 della l. n. 218/1995, sia nel caso in cui si individuino entro il sistema giuridico comunque collegato all'unione (208). Ciò in ragione del fatto che per ragioni di garanzia sociale molti ordinamenti hanno previsto, nella disciplina delle unioni civili, disposizioni di questo tipo, quale ad es. l'art. 515-5 *Code civil* francese, che istituisce delle presunzioni di comunione dei beni acquistati dai membri di un *pacs* (209), o il § 10 della legge tedesca del 2001 che istituisce una riserva ereditaria, a favore dei membri di un partenariato registrato.

9. *Ordinamenti plurilegislativi.*

Nella determinazione della disciplina di conflitto delle unioni civili entro il sistema italiano di diritto internazionale privato, problemi particolari possono determinarsi a seguito del richiamo di ordinamenti plurilegislativi, ovvero ordinamenti statali, nell'ambito dei quali operano più discipline per la stessa situazione, in funzione della relativa localizzazione territoriale, oppure della appartenenza dei soggetti implicati nel rapporto ad un determinato gruppo so-

(208) Per alcuni suggerimenti in merito all'operatività delle norme straniere di applicazione necessaria entro il sistema italiano di conflitto, si veda la Relazione al disegno di legge di riforma del diritto internazionale privato, n. 1192, 29 aprile 1993, in POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2002, *sub* art. 17.

(209) Per l'affermazione dell'inderogabilità di tali disposizioni ad opera della volontà delle parti, si veda Conseil Constitutionnel, 9 novembre 1999, *cit.*, p. 16962. Sulla rilevanza di questa, come norma di applicazione necessaria del foro, e di altre come ad es. il § 8 della legge tedesca sui partenariati, si veda DEVERS, *Le concubinage*, *cit.*, p. 292 ss.

ziale, contraddistinto da una specifica religione o da una appartenenza etnica (210).

L'art. 18 della legge italiana di diritto internazionale privato prevede che l'individuazione della legge applicabile ad una fattispecie collegata ad un ordinamento plurilegislativo vada effettuata dapprima secondo i criteri utilizzati da quell'ordinamento e in mancanza tramite il richiamo del sistema normativo con il quale il caso presenta il collegamento più stretto, secondo la soluzione « eclettica » (211).

Allo stesso modo dispongono due convenzioni internazionali che, come si è visto, risultano rilevanti in ordine alla determinazione della disciplina di alcuni aspetti relativi alle unioni civili. La Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 in materia di protezione dei minori precisa infatti, all'art. 14, che « ai fini della presente Convenzione, se la legislazione interna dello Stato di cui il minore è cittadino consiste in un sistema non unificato, per "legislazione interna dello Stato di cui il minore è cittadino" e per "autorità dello Stato di cui il minore è cittadino" si intende la legislazione e le autorità stabilite dalle norme in vigore in tale sistema e, in mancanza di dette norme, da una delle legislazioni componenti tale sistema

(210) Sul problema dell'ordinamento plurilegislativo si veda in generale: DE NOVA, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi. Studio di diritto internazionale privato*, Pavia, 1940; ID., *Natura del diritto interlocale*, in *Riv. dir. int.*, 1940, p. 3 ss.; ID., *Diritto interlocale e diritto internazionale privato. Ancora un raffronto*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 5 ss.; ID., *I sistemi giuridici complessi in diritto internazionale privato*, in *Studia Ghisleriana*, Pavia, 1954, 73-87; ARMINJON, *Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois et de juridictions auxquels ils donnent lieu*, in *Recueil des Cours*, 1949-I (74), pp. 73-190; COWLES, *International Law as Applied between Subdivisions of Federations*, *ibidem*, pp. 655-756; VITTA, *Conflitti interni ed internazionali. Saggio comparativo*, Torino, 1954, pp. 80-88; NADELMANN, *Conflict of Laws, International and Interstate*, The Hague, 1972; GRAVESON, *Problems of Private International Law in Non - unified Legal Systems*, in *Recueil des Cours*, 1974-I (141), pp. 195-254; BORRÁS, *Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel*, *ibidem*, 1994-V (249), pp. 149-367; RICCI, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi nel diritto internazionale privato*, Padova, 2004.

(211) Sull'art. 18, si veda in generale BOSCHIERO, *Appunti*, cit., pp. 263-276; CARBONE S.M., *Art. 18*, in *Commentario*, cit., pp. 88-95; CONETTI, *Art. 18*, in *Legge 31 maggio 1995*, n. 218, cit., pp. 1072-1075; ID., *Art. 18*, in *Commento*, cit., pp. 57-59.

con la quale il minore abbia il legame più stretto ». Anche la Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, stabilendo che se la legge richiamata « ha due o più sistemi di legislazione di applicazione territoriale o personale » si dovrà applicare « il sistema indicato dalle norme di detto Stato oppure, in mancanza di esse, il sistema con il quale gli interessati hanno degli stretti legami » (art. 16), prevede una disciplina speciale coerente con la regolamentazione generale. Nell'ambito delle relazioni dei conviventi con i figli si configura così, per l'ordinamento italiano, una disciplina omogenea dei casi in cui rilevino gli ordinamenti plurilegislativi, in considerazione, tra l'altro, del richiamo « in ogni caso » di cui sono oggetto, come si è detto (212), sia la Convenzione del 1961 ad opera dell'art. 42, sia la Convenzione del 1973 ad opera dell'art. 45.

In tale contesto, non porrà pertanto particolari problemi ad es. l'applicazione del *Civil Partnership Act 2004* (213), articolato in sezioni diverse, a seconda che la registrazione del partenariato debba avvenire in Inghilterra e Galles, Scozia e Irlanda del Nord. Il Regno Unito è infatti un ordinamento plurilegislativo, entro il quale ciascuno dei tre regni dalla cui unione esso deriva (Inghilterra e Galles, Scozia, Irlanda del Nord) ha una propria legislazione in materia civile. Entro le singole suddivisioni territoriali, il diritto di uno Stato straniero e quello delle altre suddivisioni sono posti sullo stesso piano, data l'assenza di rilievo di criteri di collegamento riferibili ai membri di una collettività statale; basti pensare ad es. che in materia di statuto personale degli individui il criterio di collegamento prescelto non è la cittadinanza, ma il *domicile*, che determina un legame diretto ed effettivo tra ciascun soggetto e un ordinamento territoriale, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riferito a uno Stato o a una parte di esso. Così, per valu-

(212) Si vedano sul punto *supra* i par. 2 e 4 di questa sezione di questo capitolo.

(213) Sul quale si veda *supra* il par. 2 del capitolo I.

tare ad es. i presupposti del partenariato registrato di un inglese domiciliato in Scozia, si applicherà la legge scozzese (la s. 2 del *Civil Partnership Act 2004*) in base al coordinamento tra il collegamento della cittadinanza adottato dall'art. 24, l. n. 218/1995 (214) e quello del *domicile* proprio dell'ordinamento britannico.

In maniera analoga, non porrà difficoltà la determinazione della legge applicabile a un partenariato concluso a Ginevra, dal momento che, in Svizzera, la previsione di regole differenti per i conflitti interni e per i conflitti internazionali è stata superata dall'unificazione delle diverse legislazioni privatistiche cantonali occorsa nel 1912, nonché dall'approvazione della nuova legge svizzera di diritto internazionale privato (l. 18 dicembre 1987). La nuova legge federale sull'unione domestica registrata di coppie omosessuali risolve inoltre, come si è detto, il problema, fortemente dibattuto, della qualificazione delle unioni civili, richiamando, per analogia, le norme poste dalla legge svizzera di diritto internazionale privato in materia familiare.

10. (Segue): *aspetti problematici*.

Più difficile è invece la determinazione della disciplina di conflitto delle unioni civili collegate a ordinamenti plurilegislativi, in cui manchi una norma di conflitto specifica, e si prevedano criteri di collegamento nell'ambito delle regolamentazioni materiali delle unioni civili.

Si pensi ad es. al caso della Spagna, in cui, come si è detto, coesistono differenti discipline delle convivenze, caratterizzate da norme che ne definiscono l'ambito d'applicazione personale in base al collegamento della *vecindad civil*, ovvero del criterio che generalmente consente di sottoporre gli individui al diritto civile

(214) Sull'applicabilità dell'art. 24 ai presupposti delle unioni civili, in base alla qualificazione degli stessi nell'ambito dei diritti della personalità, si veda *supra* il par. 3 della I sezione di questo capitolo.

spagnolo o ai diritti regionali, e che, in questo caso, vale come condizione per poter porre in essere le unioni previste e regolate dalle differenti discipline regionali (215). Al di là dei problemi di costituzionalità concernenti l'esclusiva competenza normativa dello Stato in ordine alle norme di diritto internazionale privato secondo quanto prevede l'art. 149 del còdigo civil (216), c'è da chiedersi se in mancanza del criterio di collegamento statutale, la *vecindad* possa essere considerata come indizio sufficiente ai fini della ricostruzione della disciplina applicabile alla fattispecie sulla base del collegamento più stretto, oppure se possa ritenersi collegamento idoneo a definire la disciplina di conflitto del caso di specie (217).

Qualora si ritenga la *vecindad* criterio di collegamento autonomo, sarà dunque possibile affermare che la disciplina applicabile al partenariato di uno spagnolo residente a Barcellona e ivi concluso (218) si individua nella legge catalana del 15 luglio 1998, grazie al coordinamento tra il collegamento dell'*electio iuris* implicitamente rivolto al luogo di registrazione e la *vecindad* prevista dalla stessa *Llei 10/1998* (219). Si tratta tuttavia di un criterio non del tutto soddisfacente; si pensi ad es. al caso di unione tra un uomo che ha la *vecindad* comune e una donna con la *vecindad* catalana, residenti a Madrid, relativamente al quale può giungersi all'appli-

(215) Si veda ad es. l'art. 2.3. della l. di Navarra, o all'art. 1.1. della l. catalana. Sul punto si veda BORRÁS, *Non discrimination à raison du sexe et modification du droit international privé espagnol*, in *Revue critique*, 1991, p. 632 ss.

(216) Problemi che hanno originato una questione di costituzionalità in merito ad es. alla l. di Navarra, sui quali si veda CHECA MARTINEZ, *National Report, Spain*, in CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes*, cit., p. 38 ss.

(217) Le incertezze prospettate nel testo sono tuttavia destinate ad una possibile soluzione anche a seguito della ridotta applicazione delle medesime, a seguito dell'introduzione del matrimonio omosessuale previsto dalla riforma del 1° luglio 2005, proprio allo scopo di superare i differenti modelli di unione e di integrare le unioni omosessuali nell'unico modello nazionale di matrimonio. Sul punto si veda MOTILLA, *Gay Marriage*, cit., p. 10.

(218) In una controversia sottoposta al giudice italiano qualora ad es. sia domiciliato in Italia il convivente dello spagnolo.

(219) Si veda in tal senso GONZALEZ BEILFUSS, *Nuevas normas catalanas*, cit., p. 310.

cazione della legge catalana, senza che essi abbiano manifestato in alcun modo la volontà di sottoporsi a tale disciplina, oppure ancora alla convivenza tra un uomo con *vecindad* catalana e una donna con *vecindad* localizzata entro la regione della Navarra: entrambe le leggi individuate dai collegamenti ora in esame sarebbero teoricamente applicabili alla regolamentazione dell'unione.

Inoltre poiché l'operatività di un sistema giuridico individuato dal criterio di collegamento della *vecindad* può realizzarsi anche con riguardo ad un terzo Stato (220), pare più ragionevole sostenere che la *vecindad* non si configuri come criterio di collegamento autonomo bensì come indizio di un collegamento che individui l'ordinamento effettivamente collegato alla fattispecie in questione.

Problemi di difficile soluzione possono inoltre porsi con riguardo alla disciplina delle unioni civili negli Stati Uniti. Ciò, in ragione del fatto che, da un lato, soltanto alcuni Stati hanno regolato la materia degli istituti della convivenza secondo il modello della *Domestic Partnership* (221) e, dall'altro lato, ogni Stato ha sviluppato un proprio sistema di diritto interlocale di carattere giurisprudenziale per risolvere i conflitti con altri Stati dell'unione (cui può farsi riferimento anche per la soluzione dei conflitti internazionali), ricostruibile anche tramite il *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. Il problema principale, come caratteristico degli ordinamenti federali è l'individuazione delle regole c.d. uniformi, anche alla luce dell'applicazione giurisprudenziale delle stesse. In tale contesto, è dunque molto importante il ruolo delle clausole costituzionali aperte, quali la *Full Faith and Credit Clause* e la *Due Process of Law Clause*, di cui rispettivamente all'art. 4, § 1 e al quattordicesimo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, per il valore ad

(220) Per un caso simile, di rinvio determinato dal criterio di collegamento individuato nell'ordinamento plurilegislativo, quale quello concernente la disciplina delle successioni dei cittadini britannici residenti negli ex possedimenti della Corona si veda CAMPIGLIO, *Criterio di collegamento della cittadinanza e cittadinanza britannica d'oltremare*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, pp. 343-364.

(221) Si veda sul punto *supra* il par. 2 del capitolo I.

esse riconosciuto dalla Corte Suprema federale quale fondamento e limite per l'esercizio da parte delle autorità statali del potere legislativo e giudiziario in materia di conflitti interlocali, soprattutto ai fini del riconoscimento delle prerogative attribuite ai conviventi nell'ambito delle specifiche legislazioni statuali.

In particolare, si segnala la difficoltà di coordinamento di tali clausole sia con il *Defence of Marriage Act (DOMA)*, atto normativo adottato su iniziativa del Congresso nel 1996 (222), che consente ai singoli Stati di non riconoscere un matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato in un altro Stato (223), sia con le analoghe disposizioni, contenute nei c.d. « mini - DOMAs » (224), adottati dagli Stati al fine di ribadire la contrarietà all'ordine pubblico dei matrimoni omosessuali (225).

(222) Pub. L. N. 104-199, 110 Stat. 2419 (codified at 1 USC s. 7 and 28 USC s. 1738C (2000)).

(223) « (...) *No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship* » (28 USC s. 1738C). Tale atto è stato adottato a seguito di una sentenza della Corte Suprema delle Hawaii, del 3 dicembre 1996, nel caso *Baehr v. Miike*, n. 91-1394, Cir. Ct. Hawai, in cui si è dichiarata l'incostituzionalità della legge locale sul matrimonio in ragione della discriminazione determinata dalla previsione del matrimonio per le coppie eterosessuali. Di conseguenza i matrimoni omosessuali celebrati alle Hawaii avrebbero dovuto essere riconosciuti negli altri Stati per l'operatività della *Full Faith and Credit Clause*. Si veda sul punto KRAMER, *Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception*, in *Yale Law Journ.*, 1997, p. 1965 ss.

(224) HILL KAY, *Same - Sex Divorce in the Conflict of Laws*, cit., p. 63 ss., p. 72.

(225) Risulta tuttavia differente l'estensione attribuita a tali « mini - DOMAs » dai singoli Stati. Ad es. è molto ampia la disposizione della Florida (Fla. St. Ann. S. 741.212 (1) (West 2003), in vigore dal 5 giugno 1997 al fine di vietare il riconoscimento dei matrimoni omosessuali conclusi « *in any jurisdiction, whether within or outside the State of Florida, the United States, or any other jurisdiction, either domestic or foreign, or any place or location* »; più limitati appaiono invece i DOMAs dell'Oklahoma e della West Virginia, prevedendo rispettivamente: « *A marriage between persons of the same gender performed in another state shall not be recognized as valid and binding in this state as of the date of the marriage* » (Okla. Stat. Ann., tit. 43, s. 31 (West 2003), in vigore dal 1° gennaio 1997); « *A public act, record or judicial procee-*

Al di là dei problemi di costituzionalità posti dall'intervento del legislatore federale (226), si segnalano in particolare le difficoltà derivanti dall'applicazione giurisprudenziale del DOMA, al di là dell'ambito dei matrimoni omosessuali, e dunque con riguardo a tutte le fattispecie di unioni omosessuali, che si ritiene possano contrastare con l'ordine pubblico dei singoli Stati. Come affermato nel *leading case Rosengarten* (227), può infatti ritenersi che l'ordine pubblico di uno Stato consideri legittimo solo il matrimonio tra un uomo e una donna, ritenendosi così applicabile il DOMA anche al richiesto riconoscimento di un'unione omosessuale registrata all'estero (228), puntualizzando che « *the legislature of a sister state cannot, in effect, make such a determination for the people of Connecticut* » (229).

Evidente dunque che i problemi concernenti la disciplina delle unioni civili entro l'ordinamento degli Stati Uniti possono riguardare diversi aspetti rilevanti ai fini del diritto internazionale

ding of any other state, territory, possession or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of the other state, territory, possession or tribe, or a right or claim arising from such relationship, shall not be given effect by this state » (W. Va. Code Ann. S. 48 - 2-603 (West 2003), in vigore dal 1° settembre 2001).

(226) Sui quali si veda KRAMER, *Same-Sex Marriage*, cit., p. 1965 ss.; BORCHERS, *Baker v. General Motors: Implications for Same Sex Marriage and the Unconstitutional Public Policy Exception*, in *Creighton L. Rev.*, 1998, p. 147 ss.

(227) *Rosengarten v. Downes*, 806 A.2d 1066 (Conn. App. Ct. 2002), 180-181.

(228) Nel caso di specie, si trattava di una questione relativa alla competenza dei giudici del Connecticut a decidere in merito allo scioglimento di un'unione omosessuale registrata nel Vermont, sulla base della residenza dell'attore in Connecticut (il convenuto risiedeva invece nello Stato di New York). Il coordinamento con la *Full Faith and Credit Clause* viene risolto affermandosi che, nel caso di specie, non si pone un problema di competenza in ordine ad una controversia che non presenta legami rilevanti con il foro, ritenendosi a tale riguardo « (...) *that the plaintiff in the present case has a significant set of contacts with this state because he is a resident of Connecticut and has chosen a Connecticut court as the forum in which he seeks the dissolution of this civil union* (...) »: *Rosengarten v. Downes*, 802 A.2d 170, 172 (Conn. App. Ct. 2002), 178-179.

(229) *Rosengarten v. Downes*, 802 A.2d 170, 172 (Conn. App. Ct. 2002). Tale era stata la motivazione adottata dal giudice in primo grado per negare la propria competenza in merito a tale procedimento di scioglimento dell'unione registrata.

privato e processuale; se infatti il limite del DOMA viene utilizzato al fine di negare la competenza a pronunciare lo scioglimento di un partenariato registrato in un altro degli Stati Uniti, vi è da ritenere che possa essere analogamente addotto per negare il riconoscimento delle decisioni concernenti tali istituti, o la determinazione della legge applicabile. Inoltre è altrettanto probabile che lo stesso limite venga richiamato anche al fine di negare la competenza o il riconoscimento delle decisioni con riguardo ai partenariati o agli accordi di convivenza conclusi in uno Stato non appartenente agli Stati Uniti.

Pare infatti chiaro che l'estensione del DOMA a tutte le questioni di diritto internazionale privato e processuale sottenda la diversa preoccupazione di negare in ogni caso riconoscimento alle unioni civili se non entro i limiti previsti dalla regolamentazione posta dai singoli Stati (230).

(230) HILL KAY, *Same - Sex Divorce*, cit., p. 89, osserva infatti giustamente in ordine al caso *Rosengarten* che « (...) if it had been able to put aside its obvious concern that to recognise the civil union for purposes of its dissolution might require it in future cases to recognize such unions for all purposes, it might have reached a different conclusion ».

CAPITOLO V

RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE
DEI PROVVEDIMENTI CONCERNENTI LE UNIONI CIVILI

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. — 2. Il riconoscimento delle unioni civili. — 3. Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni collegate alle unioni civili. Le decisioni relative ai rapporti tra i *partners*. — 4. (*Segue*): in particolare: le decisioni di scioglimento dei partenariati. — 5. (*Segue*): le decisioni relative ai rapporti con i figli. — 6. (*Segue*): il riconoscimento dei provvedimenti di adozione.

1. *Osservazioni introduttive.*

L'analisi della disciplina internazionalprivatistica delle unioni civili comprende necessariamente l'aspetto del riconoscimento degli istituti stessi, siano essi partenariati o accordi, nonché il riconoscimento delle decisioni agli stessi collegate.

Tale tema, oltre a completare lo studio dei problemi di diritto internazionale privato e processuale sino ad ora considerati, ovvero la determinazione del giudice competente a conoscere le questioni collegate a tali istituti e l'individuazione della legge ad essi applicabile, si riconnette peraltro all'inquadramento delle unioni civili nell'ambito dei diritti fondamentali dell'individuo, e, in particolare agli strumenti a tal fine predisposti dal sistema di tutela internazionale, dal momento che, come si è visto (1), tra gli obblighi positivi incombenti sugli Stati per attuare l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ricorre anche quello di riconoscere le de-

(1) Si veda sul punto *supra* il par. 3 del cap. II.

cisioni riguardanti la vita familiare, quando quest'ultima si svolge entro diversi ordinamenti (2).

È dunque evidente che anche la disciplina nazionale relativa al riconoscimento delle sentenze può costituire un mezzo di tutela del diritto fondamentale dell'individuo alle relazioni personali e familiari. A tale riguardo, occorre allora distinguere tra il riconoscimento delle unioni civili in sé e per sé considerate, indubbiamente riconducibile alla tutela del diritto fondamentale dell'individuo alle relazioni personali, e il riconoscimento delle decisioni concernenti le questioni poste da tali istituti, che possono più ampiamente riguardare le relazioni familiari della persona che ha intrapreso la convivenza, quali ad es. l'affidamento dei figli o il mantenimento degli stessi.

Alla luce di tali considerazioni, l'analisi del riconoscimento delle unioni civili deve dunque essere distinta dall'analisi relativa al riconoscimento delle decisioni alle stesse collegate, sia per il procedimento sia per gli effetti determinati da tali tipologie di riconoscimento, analogamente a quanto accade anche nell'ambito di altri sistemi.

Negli ordinamenti entro i quali le unioni civili sono oggetto di disciplina, il riconoscimento della registrazione del partenariato o della registrazione dell'accordo di convivenza all'estero è automatico, e attribuisce agli istituti in esame gli effetti ad essi collegati nello Stato in cui sono stati posti in essere, qualora naturalmente tale registrazione sia considerata valida dall'ordinamento che la prevede. Ciò in ragione del fatto che la registrazione del partenariato o dell'accordo di convivenza è generalmente considerata come un impedimento per effettuare altre registrazioni di istituti consimili (3) e, in certi casi, anche come impedimento matrimoniale (4). È

(2) Sent. 25 gennaio 2000, *Ignaccolo Zenide c. Romania*, cit., par. 95.

(3) Si veda in tal senso la sezione 12 della l. finlandese 9 novembre 2001, *Act on Registered Partnerships* 950/2001; la sezione 54 del *Civil Partnership Act* 2004, che equipara, ai fini del riconoscimento in Inghilterra e Galles, i partenariati registrati in Scozia e Irlanda del Nord e in altri paesi; l'art. 17b (3) dell'EGBGB; il cap. 2 della l. olandese, *Loi sur les conflits de lois en matière de partenariat enregistré*, cit.

(4) Si veda in tal senso la sezione 6 del *Marriage Act* (*Avoliittolaki*) finlandese

interessante sottolineare la rilevanza di tale aspetto con riguardo ai *pacs* francesi, relativamente ai quali la registrazione di altro *pacs*, anche all'estero, vale come impedimento per una nuova registrazione (art. 515-2 *code civil*) (5).

Nei sistemi giuridici entro i quali non è prevista alcuna regolamentazione della materia, il riconoscimento delle unioni civili è molto incerto. Da un lato ci sono ordinamenti, come in Austria, ove la giurisprudenza (6), nonostante le critiche della dottrina (7), considera gli istituti della convivenza esclusivamente come contratti, dall'altro vi sono paesi come la Grecia (8) o l'Irlanda (9) in cui alcuna possibilità di riconoscimento è data alle convivenze.

Il riconoscimento delle sentenze concernenti le questioni connesse alle unioni civili, quali ad es. quelle relative agli obblighi alimentari, all'eventuale risarcimento dei danni in caso di rottura unilaterale, all'affidamento dei figli, è invece generalmente possibile sia negli ordinamenti che stabiliscono la disciplina delle unioni civili (10) sia nei paesi che non pongono alcuna regolamentazione (11).

La complessità della materia del riconoscimento dei provvedimenti e delle decisioni concernenti le unioni civili non è tuttavia determinata soltanto dall'intrecciarsi degli aspetti sino ad ora considerati, ma anche dall'interrelazione tra fonti di differente origine. Accanto alle discipline nazionali di diritto processuale civile con-

234/1929, come modificato dall'*Act 1226/2001*. Per il riconoscimento, in Portogallo, di un'unione di fatto accertata in una decisione straniera (resa in Guinea Bissau), si veda Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 30 gennaio 2002, in <http://www.dgsi.pt>.

(5) DELMAS SAINT-HILAIRE, *France, Rapport National*, cit., p. 72.

(6) OGH, 18 febbraio 1982, cit.

(7) RECHBERGER, *National Report, Austria*, cit., p. 49 ss.

(8) Si veda sul punto MOUSTARA, *National Report, Greece*, cit., p. 35.

(9) Si veda sul punto MARTIN, *National Report, Ireland*, cit., p. 56 s.

(10) Per alcune difficoltà concernenti il riconoscimento delle decisioni straniere relative alla divisione dei beni dei conviventi in Portogallo, a causa di una particolare interpretazione delle regole di competenza riguardanti le azioni aventi ad oggetto i beni immobili ivi situati, nel senso di esclusività, si veda tuttavia, FRADA DE SOUSA, *Portugal, Rapport National*, cit., p. 68.

(11) Per il possibile riconoscimento di tali sentenze in Grecia si veda MOUSTARA, *National Report, Greece*, cit., p. 36.

cernenti il riconoscimento dei partenariati e degli accordi di convivenza, occorre infatti ricordare l'ampio ruolo svolto dalle convenzioni internazionali e dai regolamenti comunitari applicabili in materia.

Nell'ordinamento italiano, tale problema, acuito dall'assenza sia di una disciplina materiale delle unioni civili sia di una regolamentazione di conflitto pone pertanto la necessità di considerare, seppure per aspetti differenti, accanto alle norme di cui agli artt. 64-67 della l. n. 218/1995, relative all'efficacia di sentenze e atti stranieri, sia le disposizioni della Convenzione di Lugano del 1988, quanto ai rapporti con la Svizzera, l'Islanda e la Norvegia, sia le norme contenute nel Regolamento CE 44/2001, che ha ormai sostituito la Convenzione di Bruxelles in tutti gli Stati membri dell'Unione (12), e nel Regolamento CE 2201/2003, per le materie ad esse sottoposte (13).

Quanto al coordinamento di tali fonti pare opportuno ricordare che i Regolamenti, direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri, godono di una posizione di primato e dunque prevalgono, nel loro ambito di applicazione, sulle norme interne, sia precedenti che successive; i trattati internazionali recepiti nel nostro ordinamento mediante ordine di esecuzione prevalgono sulle norme di legge ordinaria per effetto dell'art. 3, comma 1, l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, che ha modificato il titolo V della parte II della Costituzione, secondo cui la legislazione statale deve esercitarsi « nel rispetto dei vincoli internazionali »; peraltro, anche a prescindere dal rafforzamento mediante garanzia costituzionale del rango delle norme di esecuzione dei trattati, la loro specialità rispetto alle norme di legge ordinaria è ribadita dall'art. 2, l. 31 maggio 1995, n. 218, secondo cui le disposizioni della stessa legge « non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali

(12) Per l'estensione dell'applicabilità del Regolamento n. 44/2001 alla Danimarca, si veda *supra* il par. 1 del capitolo III.

(13) Sul problema dell'applicabilità del Regolamento n. 2201/2003 solo ad alcune questioni connesse alle unioni civili, si veda *supra* il par. 2 del capitolo III.

in vigore per l'Italia ». Da tali premesse si ricava che, ai fini della disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle unioni civili e delle decisioni ad essi collegate, deve farsi riferimento, in primo luogo, ai regolamenti comunitari, richiamando le convenzioni internazionali e le norme di diritto internazionale privato nazionali solo nei casi non coperti dalla disciplina comunitaria.

Ai fini della scelta della disciplina applicabile al riconoscimento delle unioni civili e dei provvedimenti ad esse collegati, si pone inoltre come particolarmente rilevante la qualificazione delle fattispecie in esame. Così si è ad es. affermato che l'equiparazione al matrimonio dei partenariati registrati dei paesi scandinavi sottrae tali fattispecie all'operatività della Convenzione di Lugano, secondo quanto prevede l'art. 1 della stessa (analogamente peraltro alla stessa disposizione della Convenzione di Bruxelles), che, comunque si applicherebbe agli accordi di convivenza, in forza di una qualificazione contrattuale dei medesimi (14). Si tratta tuttavia di una soluzione da un lato insoddisfacente, in quanto rivolta a creare una regolamentazione non omogenea del riconoscimento di partenariati e accordi di convivenza, e dall'altro superata dall'evoluzione del diritto comunitario, che, tramite l'art. 46 del Regolamento CE 2201/2003 pare rivolgersi a regolare in maniera uniforme il riconoscimento automatico delle unioni civili, prevedendo che: « Gli atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro nonché gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine sono riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni previste per le decisioni » (15).

Indipendentemente dal fatto che assumano la forma di partenariati o quella di accordi, le unioni civili devono dunque essere riconosciute con analoghi effetti, affinché lo *status* dei soggetti che le

(14) GOTTBORG, *National Report, Finland*, cit., p. 50 ss.

(15) Si veda, nello stesso senso, il considerando n. 22 del Regolamento n. 2201/2003, secondo il quale: « gli atti pubblici e gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro dovrebbero essere equiparati a “decisioni” ai fini dell'applicazione delle norme sul riconoscimento e l'esecuzione ».

pongono in essere si affermi unitariamente, secondo il modello accolto entro altri ordinamenti (16). Inoltre, poiché il Regolamento Bruxelles II-*bis* viene ad incidere, a differenza del Regolamento n. 1347/2000, sulla materia della potestà genitoriale sui figli naturali (17), pare possibile sottoporre all'art. 46 anche gli accordi relativi all'esercizio della potestà conclusi tra genitori conviventi, superando così l'obiezione all'applicazione del Regolamento alle unioni civili, derivante dalla stretta connessione dallo stesso posta tra le domande relative alla responsabilità genitoriale e le domande di divorzio, separazione personale dei coniugi e annullamento del matrimonio (ad es. art. 12).

2. *Il riconoscimento delle unioni civili.*

Nell'ordinamento italiano, il riconoscimento delle unioni civili pare suscettibile di avvenire, innanzitutto secondo le norme del Regolamento CE 2201/2003 per i partenariati e gli accordi di convivenza conclusi entro uno Stato membro dell'Unione europea. Come si è già detto (18), l'art. 46 del Regolamento Bruxelles II-*bis*,

(16) Si veda ad es. l'art. 17b par. 3 EGBGB, che dispone che se due persone sono legate da più unioni registrate in Stati differenti è quella registrata per ultima a produrre effetti nell'ordinamento tedesco. Inoltre, secondo quanto prevede l'art. 17b par. 4, gli effetti del partenariato registrato all'estero non possono essere riconosciuti con valore più ampio di quello attribuito al partenariato dal sistema giuridico tedesco, con la conseguenza che ad es. un matrimonio omosessuale concluso all'estero non potrà essere riconosciuto in Germania se non come partenariato registrato. Su tale disposizione, c.d. « *Kappungsklausel* », si veda WAGNER, *Das neue*, cit., p. 291; GIRSBERGER, DROESE, *Registrierte Partnerschaften - schweizerisches IPR de lege ferenda*, in SZIER, 2001, p. 86. In senso critico, si veda GEBAUER, STAUDINGER, *Registrierte Lebenspartnerschaften*, cit., p. 282.; RÖTHEL, *Gleichgeschlechtliche Ehe und ordre public*, in IPRax, 2002, p. 499 ss.

(17) Si veda in tal senso il considerando n. 5 del Regolamento n. 2201/2003, secondo il quale: « per garantire parità di condizioni a tutti i minori, il presente regolamento disciplina tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, incluse le misure di protezione del minore, indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale ».

(18) Si veda sul punto *supra* il par. 2 del capitolo III.

dispone infatti che « gli atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro nonché gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine sono riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni previste per le decisioni ». La norma in esame prevede così una duplice descrizione della fattispecie, che ben si presta a regolare, da un lato, l'istituto del partenariato registrato, e, dall'altro, quello dell'accordo di convivenza.

Tale opportunità è stata solo recentemente introdotta, ovvero a far data dall'entrata in vigore del Regolamento Bruxelles II-*bis* (1° marzo 2005). Nel Regolamento c.d. Bruxelles II, l'art. 13, par. 3 si limitava ad equiparare alle decisioni « (...) gli atti pubblici formati ed aventi efficacia esecutiva in uno degli Stati membri, nonché gli accordi conclusi dinanzi ad un giudice in corso di giudizio ed esecutivi nello Stato membro d'origine » e risultava pertanto applicabile forse al riconoscimento dei partenariati registrati, ma non certo a quello degli accordi di convivenza.

Tuttavia l'evoluzione normativa che ha condotto alla sempre più diffusa regolamentazione statutale delle unioni civili aveva già da tempo indotto le istituzioni comunitarie allo sviluppo di una nuova prospettiva. Nel Progetto di programma relativo all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale del 2001, il Consiglio afferma infatti la necessità di completare il Regolamento Bruxelles II per tener conto delle relazioni che si formano al di là del vincolo matrimoniale, al fine di « (...) estendere il campo d'applicazione del regolamento Bruxelles II, eventualmente con uno strumento separato, in particolare alle decisioni che riguardano l'esercizio della potestà dei genitori sui figli delle coppie non sposate » (19).

Paiono pertanto superabili i dubbi concernenti il fatto che entro alcuni ordinamenti non appaia sicura l'applicabilità del Regola-

(19) Progetto di programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.C.E.*, n. C 12 del 15 gennaio 2001.

mento n. 2201/2003 ai partenariati registrati, come si deduce dalla circostanza che ad es. il *Civil Partnership Act 2004* (20) si riferisca al Regolamento in esame come modello per l'adozione di disposizioni nazionali rivolte a regolare la giurisdizione e il riconoscimento in materia di scioglimento dei partenariati. Il confronto tra l'art. 46 del Regolamento Bruxelles II-*bis* e l'art. 13, par. 3 del Regolamento Bruxelles II denota chiaramente l'intenzione di ampliare l'ambito d'applicazione della disciplina comunitaria al fine di corrispondere all'evoluzione normativa statuale in tema di unioni civili.

D'altra parte, anche il considerando n. 22 del Regolamento n. 2201/2003, chiarisce tale intenzione, puntualizzando che: « gli atti pubblici e gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro dovrebbero essere equiparati a “decisioni” ai fini dell'applicazione delle norme sul riconoscimento e l'esecuzione ». Il riconoscimento delle unioni civili poste in essere entro gli Stati membri dell'Unione europea può pertanto avvenire in maniera automatica, secondo quanto prevede il Regolamento n. 2201/2003, e, allo stesso modo, può darsi il riconoscimento degli atti che pongano fine a tali istituti, nelle ipotesi in cui essi assumano la forma delle fattispecie descritte dall'art. 46 del Regolamento Bruxelles II-*bis*, come potrebbe accadere ad es. per la « *déclaration de cessation par consentement mutuel* », o per la « *déclaration unilatérale de cessation* » di diritto belga (art. 1476, § 2, *code civil*), o per la dichiarazione congiunta o unilaterale, tramite la quale può essere sciolto un *pacs* francese (art. 515-7 *code civil*), oppure ancora per la dichiarazione mediante la quale si può porre termine al partenariato di diritto lussemburghese (art. 13 *loi relative aux effets légaux des certains partenariats*) (21).

L'applicabilità del procedimento di riconoscimento automatico, previsto dagli artt. 21 e ss. del Regolamento Bruxelles II-*bis*

(20) Sul quale si veda *supra* il par. 2 del capitolo III.

(21) Per l'analisi delle ipotesi in cui invece lo scioglimento delle unioni civili può avvenire tramite sentenza, da riconoscersi secondo un differente procedimento, si veda *infra* il par. 4 di questo capitolo.

per le decisioni relative a separazione personale, divorzio o annullamento del matrimonio e responsabilità genitoriale, al riconoscimento dei partenariati e degli accordi di convivenza, pone tuttavia il problema di adattare le disposizioni del Regolamento n. 2201/2003 alle peculiarità dei casi di specie.

È pertanto probabile che, nella prassi, la disposizione dell'art. 21, par. 2, secondo la quale, « non è necessario alcun procedimento per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di uno Stato membro », rimanga pressoché inattuata e che sia quasi sempre necessario che sia l'interessato ad attivarsi per ottenere il riconoscimento del partenariato in Italia.

Si pensi ad es. al caso in cui un cittadino italiano registri un partenariato in Germania (circostanza resa possibile dal fatto che la disciplina tedesca in materia, a differenza di altre (22), non prevede alcuna condizione di nazionalità o di residenza per accedere al partenariato) (23); insieme al *partner*, cittadino tedesco, il cittadino italiano opta per avere il cognome di quest'ultimo, come *Lebenspartnerschaftsnamen*, secondo quanto prevedono il § 3 della l. 16 febbraio 2001 (24) e l'art. 17° § 2 EGBG, che rinvia, per questa

(22) La legge svedese prevede ad es. che possono accedere al partenariato le coppie nell'ambito delle quali uno dei due sia domiciliato in Svezia da due anni o sia cittadino della Svezia, della Danimarca, della Norvegia o dei Paesi Bassi. In maniera analoga, la legge finlandese prevede che possano stipulare un partenariato le coppie residenti abitualmente in Finlandia da più di due anni, o nell'ambito delle quali uno dei due sia cittadino finlandese, danese, tedesco, islandese, olandese, norvegese o svedese.

(23) Ciò, a differenza di quanto stabilito dalla medesima legge in ordine alla competenza dei tribunali tedeschi a pronunciare lo scioglimento del partenariato, possibile secondo i criteri generali in base ai quali i tribunali tedeschi sono sempre competenti in relazione alle *partnerships* registrate in Germania e in ordine a quelle registrate all'estero, ed inoltre quando almeno uno dei due *partners* abbia la residenza abituale in Germania. Si veda sul punto WAGNER, *Das neue*, cit., p. 281 ss.

(24) Il § 3 della l. 16 febbraio 2001 stabilisce infatti: « (1) *Die Lebenspartner können einen gemeinsamen Namen (Lebenspartnerschaftsnamen) bestimmen. Zu ihrem Lebenspartnerschaftsnamen können die Lebenspartner durch Erklärung den Geburtsnamen eines der Lebenspartner bestimmen. Die Erklärung über die Bestimmung des Lebenspartnerschaftsnamens soll bei der Begründung der Lebenspartnerschaft erfolgen.*

materia, all'art. 10 § 2 EGBGB relativo al nome comune dei coniugi, prevedendo così una limitata *optio iuris* tra la legge nazionale di uno dei *partners* e la legge tedesca, qualora uno dei due abbia la residenza in Germania. Per ottenere la modifica del nome a seguito del riconoscimento del partenariato, dovrà necessariamente rivolgersi all'ufficiale di stato civile italiano. In ogni caso, secondo quanto prevede l'art. 21, par. 3 del Regolamento Bruxelles II-*bis* ogni parte interessata potrà far dichiarare, secondo il procedimento previsto dalla sezione 2 del medesimo Regolamento, che il partenariato deve essere riconosciuto.

Si tratterà poi di vedere se tale riconoscimento possa essere negato per contrarietà all'ordine pubblico italiano, come affermato da alcuni (25). Se la qualificazione delle unioni civili viene svolta in termini familiari (26) e quindi allo scopo di equipararli agli istituti matrimoniali, è evidente la possibilità che l'ordine pubblico venga

Die Erklärungen werden wirksam, wenn sie vor der zuständigen Behörde erfolgen. Voraussetzung für die Wirksamkeit einer später abgegebenen Erklärung ist ihre öffentliche Beglaubigung. (2) Ein Lebenspartner, dessen Geburtsname nicht Lebenspartnerschaftsname wird, kann durch Erklärung dem Lebenspartnerschaftsnamen seinen Geburtsnamen oder den zur Zeit der Erklärung über die Bestimmung des Lebenspartnerschaftsnames geführten Namen voranstellen oder anfügen. Dies gilt nicht, wenn der Lebenspartnerschaftsname aus mehreren Namen besteht. Besteht der Name eines Lebenspartners aus mehreren Namen, so kann nur einer dieser Namen hinzugefügt werden. Die Erklärung wird wirksam, wenn sie vor der zuständigen Behörde erfolgt. Die Erklärung kann widerrufen werden: in diesem Fall ist eine erneute Erklärung nach Satz 1 nicht zulässig. Der Widerruf wird wirksam, wenn er vor der zuständigen Behörde erfolgt. Die Erklärung und der Widerruf müssen öffentlich beglaubigt werden. (3) Ein Lebenspartner behält den Lebenspartnerschaftsnamen auch nach der Beendigung der Lebenspartnerschaft. Er kann durch Erklärung seinen Geburtsnamen oder den Namen wieder annehmen, den er bis zur Bestimmung des Lebenspartnerschaftsnamens geführt hat, oder seinen Geburtsnamen dem Lebenspartnerschaftsnamen voranstellen oder anfügen. Absatz 2 gilt entsprechend. (4) Geburtsname ist der Name, der in die Geburtsurkunde eines Lebenspartners zum Zeitpunkt der Erklärung nach den Absätzen 1 bis 3 einzutragen ist ».

(25) BARATTA, *Scioglimento e invalidità*, cit., p. 52, secondo il quale il problema non si pone nemmeno, dal momento che « (...) tali rapporti sono inesistenti per l'ordinamento italiano, né ovviamente è prospettabile la loro iscrizione negli atti di stato civile quali rapporti assimilabili al vincolo coniugale »; ID., *Verso la « comunitarizzazione »*, cit., p. 601 ss.

(26) Si veda in tal senso CALÒ, *Le convivenze*, cit., p. 74.

utilizzato per far rispettare i principi fondamentali posti dal sistema giuridico italiano a tutela del matrimonio (27). Se invece, più correttamente, si opera una qualificazione autonoma di tali istituti, non si potrà non riconoscere l'idoneità degli stessi a costituire diritti e obblighi, quali ad es. i diritti successori, il diritto agli alimenti, o anche il diritto al nome (28).

È inoltre possibile, come si è già visto (29), teorizzare l'operatività dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico (30), ovvero dell'effetto, secondo il quale, poiché la situazione giuridica determinata dalle unioni civili si è creata all'estero, l'ordine pubblico previsto dalle norme italiane può applicarsi con minor rigore, e quindi non contrastare il riconoscimento delle conseguenze di tali istituti, che si possono in tal senso configurare nell'ambito della teoria dei diritti quesiti, ovvero della teoria che si rivolge a verificare la possibilità di procedere alla protezione e al riconoscimento, nel foro, delle situazioni giuridiche costituite all'estero, anche se in condizioni conformi alle soluzioni accolte, in materia di legge applicabile, dalle disposizioni di conflitto della *lex fori*. Ciò, in ragione

(27) Si veda sul punto la circolare del Ministero degli affari interni del 26 marzo 2001, cit., p. 283 ss.

(28) Si veda tuttavia sul punto KESSLER, *Les partenariats*, cit., p. 281, che, pur partendo da una qualificazione autonoma dei partenariati, suggerisce, *de iure condendo*, una soluzione simile a quella prevista per il *trust* dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ovvero la possibilità di negare il riconoscimento dei partenariati privi di legami effettivi con lo Stato di registrazione, ovvero più strettamente collegati alla legge di uno Stato che ignora tali istituti.

(29) Si veda sul punto *supra* il par. 8 della II sezione del capitolo IV.

(30) Per l'applicazione giurisprudenziale di tale principio, seppure anteriormente alla riforma del diritto internazionale privato italiano, e con riguardo alla delibazione delle sentenze straniere. Si veda Cass., 24 novembre 1989, n. 5074, cit., pp. 155-158. Nel caso di specie, si trattava di valutare la contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di divorzio, da delibare ai sensi dell'art. 797, n. 7; si può tuttavia leggere in essa un'applicazione dell'ordine pubblico attenuato, dal momento che la Cassazione rileva che la Corte d'appello ha errato nell'identificare la nozione di ordine pubblico in base alla quale applicare l'art. 797 n. 7, poiché « (...) pur avendo dato atto che entrambe le parti avevano cittadinanza straniera, ha poi ommesso di considerare che una tale circostanza non poteva non riflettersi sull'individuazione dell'ordine pubblico cui doveva nelle specie farsi riferimento ».

del fatto, tra l'altro, che il riconoscimento delle unioni civili si fonda su principi ritenuti fondamentali sia nell'ordinamento italiano, sia nell'ordinamento comunitario. È pertanto evidente che l'affievolimento dell'ordine pubblico ai fini del riconoscimento delle convivenza registrate in altri paesi potrà determinarsi sia in base al principio della tutela dell'individuo all'interno delle formazioni sociali entro le quali si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.) (31), sia secondo il principio del riconoscimento degli *status* familiari entro l'ordinamento comunitario (32).

Per i casi in cui non si ritenga applicabile la disciplina al fonte comunitario, si pone invece il problema di verificare la riconoscibilità di tali istituti alla luce delle norme degli artt. 64 e ss. della l. n. 218/1995. In particolare, si tratta di verificare se il riconoscimento dei partenariati ora in esame può realizzarsi secondo la disposizione dell'art. 65, che prevede uno speciale procedimento di riconoscimento per i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità, oppure secondo l'art. 66, secondo il quale « i provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione sono riconosciuti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, sempre che siano rispettate le condizioni di cui all'art. 65, in quanto applicabili, quando sono pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle disposizioni della presente legge, o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato ancorché emanati da autorità di altro Stato, ovvero sono pronunciati da un'autorità che sia competente in base a criteri corrispondenti a quelli propri dell'ordinamento italiano ».

Difficile e complesso è il coordinamento tra l'art. 64 e gli artt. 65 e 66 della l. n. 218/1995, come conferma l'intenso dibattito dottrinale che si è sviluppato in merito a tale problema, distinguendosi, entro di esso, da un lato, l'opinione di quanti affermano che

(31) Si veda nello stesso senso ROSSOLILLO, *Registered Partnerships*, cit., p. 385.

(32) Si veda in tal senso TOMASI, *Status familiari*, cit., p. 222.

tra le due disposizioni vi è un rapporto di concorrenza (33), come conferma inoltre la Relazione (*sub* art. 65), e, dall'altro, l'orientamento, che ha dato luogo anche ad alcune applicazioni giurisprudenziali (34), secondo il quale si ritiene debba essere data priorità al riconoscimento semplificato quando ne ricorrano i presupposti, in considerazione dell'unità di disciplina della fattispecie in esame (35). In linea con il favore che la legge italiana di diritto internazionale privato ha manifestato per il riconoscimento dei provvedimenti relativi allo stato delle persone, appare evidentemente preferibile, in materia di riconoscimento dei partenariati e delle decisioni ad essi relative, il richiamo congiunto delle disposizioni precedentemente considerate.

In particolare, è l'art. 66 a rilevare ai fini del riconoscimento delle unioni civili poste in essere in paesi terzi all'Unione europea, o nel caso in cui non si ritenga applicabile la disciplina di fonte comunitaria, in considerazione della peculiare natura di tali istituti. La rilevanza della disposizione dell'art. 66, si spiega infatti con la natura amministrativa degli atti con cui tali istituti ricevono attuazione, che contraddistingue, come si è visto, sia la registrazione del partenariato sia la registrazione dell'accordo di convivenza (36). Ciò supera la possibilità di richiamare, in questo caso, gli artt. 64 e 65, dal momento che il riferimento dagli stessi operato ai diritti

(33) Si veda in tal senso PICONE, *L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato e il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*, in *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003, p. 637 ss.; ID., *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, *ivi*, p. 699 ss.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 170; FRIGESSI DI RATTALMA, *Sentenza straniera di divorzio di cittadini italiani e riforma del diritto internazionale privato*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 151 ss.; VISMARA, *Art. 65*, in *Commento*, cit., p. 355.

(34) App. Milano, 27 marzo 1998, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2008 ss.

(35) Si veda in tal senso BARIATTI, *Art. 65*, in *Commentario*, cit., p. 328 ss.; FRANCHI, *Art. 41*, in *Legge 31 maggio 1995*, n. 218, p. 1231; MARESCA, *Artt. 64-66*, in *Legge 31 maggio 1995*, n. 218, cit., p. 1460 ss., p. 1465; CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Milano, 2001, p. 62 ss.

(36) Si vedano sul punto *supra* i par. 1 e 2 del capitolo I.

della difesa non si concilia con la natura amministrativa della registrazione di partenariati e accordi. Quanto al limite dell'ordine pubblico, operante, nel quadro dell'art. 66, per effetto del richiamo all'art. 65, pare opportuno ricordare che anche con riguardo al riconoscimento delle decisioni pare prospettabile la c.d. « comunitarizzazione dell'ordine pubblico » (37), ovvero il procedimento secondo il quale, nell'ambito della comunitarizzazione del diritto internazionale privato, il concetto di ordine pubblico nazionale risulta destinato a subire i condizionamenti posti dalla legislazione comunitaria, o, nel caso delle unioni civili, dalla legislazione degli altri Stati membri dell'Unione europea, come evidenziato nella versione del 2004 del progetto su « *Le partenariat et le droit international privé* », elaborato dal Gruppo europeo di diritto internazionale privato. Come si è detto, l'art. 6 propone infatti di limitare l'operatività dell'ordine pubblico nazionale in materia di coppie non tradizionali sia con riguardo alla determinazione della legge applicabile a tali fattispecie (38) sia relativamente al riconoscimento dei provvedimenti ad essi relativi (39).

3. *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni collegate alle unioni civili. Le decisioni relative ai rapporti tra i partners.*

La molteplicità delle questioni collegate alle unioni civili può determinare variamente il contenuto delle decisioni ad esse relative;

(37) Si veda in tal senso BERTOLI, *Corte di giustizia*, cit., p. 501 s.

(38) Su tale aspetto si veda *supra* il par. 8 della II sezione del capitolo IV.

(39) La Variante 2 del progetto, doc. *Quatorzième réunion Tenerife, 17-19 septembre 2004*, consultabile all'indirizzo: <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>, prevede infatti: « Dans les situations visées par le droit de l'Union européenne, un État membre ne peut refuser de reconnaître la validité ou les effets d'une relation matrimoniale, d'un partenariat enregistré ou de toute autre relation de couple (donnant lieu à enregistrement) pour le seul motif que son propre droit ne permet pas la conclusion de telles relations entre personnes de même sexe, ni la conclusion d'un partenariat entre personnes de même sexe ou de sexe opposé (à moins que l'un et l'autre partenaires avaient leur résidence habituelle sur son territoire au moment de la conclusion de la relation) ».

si può trattare infatti di sentenze aventi ad oggetto lo scioglimento di tali istituti secondo le disposizioni degli ordinamenti entro i quali sono stati istituiti, obblighi pecuniari, alimentari, diritti reali su beni immobili, affidamento dei figli, ecc.

Relativamente a tali decisioni, occorrerà allora distinguere, ai fini del riconoscimento entro l'ordinamento italiano, la disciplina applicabile in base alla tipologia e al contenuto delle stesse, dal momento che il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze relative alle questioni collegate alle unioni civili può avvenire secondo quanto prevedono la l. n. 218/1995 (artt. 64-67), il Regolamento Bruxelles I, il Regolamento Bruxelles II-*bis*, o le convenzioni internazionali di cui l'Italia è parte, in un quadro normativo abbastanza complesso, nell'ambito del quale, come si è visto (40), all'interrelazione tra la disciplina di diritto comune e quella di fonte convenzionale, si accompagna la coesistenza della regolamentazione di fonte comunitaria.

Si tratta tuttavia di due modelli profondamente differenti di riconoscimento, dal momento che mentre la nozione di riconoscimento accolta dalla l. n. 218/1995 deve essere intesa in senso ampio come attribuzione alla sentenza di tutti i suoi effetti tipici di atto giurisdizionale, la nozione seguita dalla Convenzione di Lugano (corrispondente peraltro a quella propria della Convenzione di Bruxelles) e dai Regolamenti appena considerati si definisce in contrapposizione a quella di esecuzione. Per questo motivo, il procedimento rivolto a consentire l'esecuzione delle sentenze ha natura differente: nelle Convenzioni e nei regolamenti mira a fare accordare l'esecuzione e dunque ha natura costitutiva; nell'art. 67 della legge italiana mira invece ad eliminare qualsiasi incertezza in ordine all'esistenza dei requisiti del riconoscimento e dunque la sentenza che lo conclude ha carattere di mero accertamento e non costitutivo, in quanto non fa altro che rendere attuale, attraverso l'accer-

(40) Si vedano sul punto *supra* i par. 1 e 2 del capitolo III e il par. 1 di questo capitolo.

tamento dei requisiti, un effetto già potenzialmente ricompreso nel riconoscimento della sentenza straniera.

Il coordinamento tra le regolamentazioni di fonte differente, in ordine al riconoscimento delle decisioni connesse alle unioni civili appare dunque molto importante e potrà risultare più o meno difficile, a seconda della materia di volta in volta considerata, e delle difficoltà dalla stessa poste, quali ad es. quelle concernenti gli effetti personali delle unioni civili, per la resistenza ad accettare nell'ordinamento italiano la qualificazione sottesa a tale forma di riconoscimento (41).

La prima distinzione da compiere in ordine al riconoscimento delle decisioni relative agli istituti in esame riguarda i rapporti oggetto di tali decisioni, apparendo opportuno distinguere, a tale riguardo, le decisioni relative ai rapporti tra i *partners*, e quelle concernenti le relazioni tra i *partners* e i figli. Ciò in ragione del fatto che a seconda dell'oggetto della decisione è possibile determinare una diversa disciplina del riconoscimento.

Così, relativamente alle obbligazioni alimentari tra ex conviventi, normativamente garantite entro alcuni ordinamenti, come ad es. quello tedesco (42) e quello lussemburghese (43), viene in ri-

(41) Sul punto cfr. TONOLO, *Profili internazionalprivatistici degli accordi di convivenza*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, III, *Persone e famiglia*, a cura di CENDON, p. 1067 ss., p. 1091 ss.

(42) Si veda in tal senso il § 12 del *Lebenspartnerschaftsgesetz del 2001*, secondo il quale: « (1) *Leben die Lebenspartner getrennt, so kann ein Lebenspartner von dem anderen den nach den Lebensverhältnissen und den Erwerbsund Vermögensverhältnissen während der Lebenspartnerschaft angemessenen Unterhalt verlangen. Der nicht-erwerbstätige Lebenspartner kann darauf verwiesen werden, seinen Unterhalt durch eine Erwerbstätigkeit selbst zu verdienen, es sei denn, dass dies von ihm nach seinen persönlichen Verhältnissen unter Berücksichtigung der Dauer der Lebenspartnerschaft und nach den wirtschaftlichen Verhältnissen unter Berücksichtigung der Dauer der Lebenspartnerschaft und nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Lebenspartner nicht erwartet werden kann.* (2) *Ein Unterhaltsanspruch ist zu versagen, herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten unbillig wäre.* § 1361 Abs. 4 und § 1610a des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten entsprechend ».

(43) Infatti l'art. 12, comma 2, della *loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux des certains partenariats*, stabilisce: « *Exceptionnellement des aliments peuvent*

lievo la disciplina del riconoscimento automatico e dell'esecuzione, prevista nel Regolamento n. 44/2001 (artt. 32 e ss.), e fondata sulle regole giurisdizionali uniformi precedentemente considerate. Ciò, anche nelle ipotesi in cui la sentenza da riconoscere o da eseguire abbia avuto ad oggetto una questione di *status* (44).

Il procedimento di riconoscimento si articola secondo quanto prevedono gli artt. 33 e ss. del Regolamento n. 44/2001; esso si caratterizza per una prima fase, rappresentata da una verifica meramente documentale dell'istanza di efficacia con assoluto divieto di accertare le condizioni di cui agli artt. 34 e 35 (art. 41); solo qualora vi sia opposizione, si avvia un procedimento in contraddittorio che il giudice deve concludere « senza indugio » (art. 45), probabilmente tramite un rito sommario, quale potrebbe essere in Italia quello in camera di consiglio (45). Quanto alla seconda fase, di cognizione piena, non è chiaro nemmeno in questo caso il tipo di procedimento applicabile; il regolamento non parla più di opposizione (come la Convenzione) ma di ricorso e dunque ci si chiede se sia questo l'atto introduttivo di questa fase processuale. La dottrina al riguardo è divisa tra la soluzione positiva sostenuta da quanti ritengono che si debba privilegiare l'interpretazione letterale del Re-

être accordés par le juge de paix à l'un des partenaires dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit. La procédure applicable est celle prévue par l'article 1011 du Nouveau code de procédure civile. Cette décision est sujette à révision en cas de changement de circonstances ».

(44) Su tale aspetto, si veda, nella giurisprudenza relativa alla Convenzione di Bruxelles: Corte giust. CE, 6 marzo 1980, in causa 120/79, *de Cavel c. de Cavel*, in *Raccolta*, 1980, p. 731 ss.

(45) L'assenza di indicazioni sulla natura del procedimento all'interno del Regolamento e la circostanza che a rilasciare l'*exequatur* possa anche essere un'autorità amministrativa comporta tuttavia la difficoltà di inquadrare tale procedimento in uno degli schemi processuali del nostro ordinamento. Poiché però la fase *inaudita altera* parte non ha natura di accertamento o decisoria, in quanto si limita ad una verifica documentale, pare che non possa adattarsi a tale fase il rito previsto per il procedimento di ingiunzione di cui all'art. 633 c.p.c.; piuttosto potrebbe attagliarsi ad esso la verifica della regolarità formale del lodo arbitrale interno che i giudici italiani compiono ai fini della sua esecutorietà ai sensi dell'art. 825, comma 3, c.p.c.

golamento (46) e quanti, fondandosi sul fatto che tale fase deve svolgersi a cognizione piena, nel rispetto del contraddittorio, ritengono invece che l'atto introduttivo debba essere un atto di citazione (47).

Nelle relazioni con *partners* svizzeri, islandesi e norvegesi, le decisioni concernenti eventuali obbligazioni alimentari convenzionalmente stabilite potrebbero ottenere riconoscimento ed esecuzione, secondo quanto prevedono le disposizioni della Convenzione di Lugano del 1988 (artt. 25 e ss.). Tale modello si differenzia profondamente da quello precedentemente considerato e previsto dal Regolamento n. 44/2001, dal momento che configura, come noto, una prima fase monitoria di natura sicuramente cognitiva cui segue un procedimento in contraddittorio se la parte ricorrente o opposta intenda fare opposizione.

Inoltre, mette conto rilevare che, per gli eventuali crediti alimentari tra conviventi, che risultino collegati, per nazionalità e residenza, ad un ordinamento che ha recepito la Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 (48) sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari (49), si potrà fare riferimento alla disciplina dalla stessa posta (artt. 13 e ss.), a condizione che si riconducano le unioni civili alle *relations de famille*, che definiscono l'ambito d'applicazione della disciplina convenzionale (art. 1). Tale pare essere la conclusione cui perviene l'orientamento favorevole alla qualificazione autonoma delle nozioni convenzionali, rivolto a considerare, nel caso, l'evoluzione del concetto di relazioni familiari nel diritto comparato. Si è osservato infatti che quest'ultimo comprende senza dubbio le differenti

(46) MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività delle decisioni nel regolamento 44/2001*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 433 ss.

(47) CARBONE S.M., *Lo spazio giuridico europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, Torino, 2006, p. 219.

(48) La Convenzione dell'Aja del 1973 è infatti stata resa esecutiva negli ordinamenti di: Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Slovacca, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia.

(49) Sulla quale si veda *supra* il par. 4 del capitolo III.

forme di coabitazione, anche se non derivanti dal matrimonio, purché rivolte a costituire una vita comune (50).

Si tratta dunque di una materia sottoposta a una complessa regolamentazione, nell'ambito della quale è evidente l'opportunità di una riforma sia ad opera della Conferenza dell'Aja, sia un intervento normativo comunitario, nel quadro del Programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, intrapreso, come si è visto (51), a seguito delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, secondo le esigenze evidenziate dal Libro verde sulle obbligazioni alimentari presentato dalla Commissione nel 2004 (52). Ciò, in ragione del fatto che « la questione relativa alle obbligazioni alimentari forma parte dei settori già contemplati in parte dagli strumenti comunitari esistenti, per i quali il "Programma di riconoscimento reciproco" prevede l'adozione di una serie di misure comprendenti, in particolare, l'introduzione dell'esecuzione provvisoria e l'attuazione di provvedimenti cautelari » (53).

Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in cui si accerta la responsabilità non contrattuale o contrattuale di uno dei conviventi in ordine alla rottura del partenariato o dell'accordo di convivenza può invece ritenersi regolato dagli artt. 25 ss. della Convenzione di Lugano del 1988, dagli artt. 32 ss. del regolamento CE 44/2001, e dalle norme degli artt. 64 e ss. l. n. 218/1995 nei rispettivi ambiti di applicazione.

4. (Segue): *in particolare: il riconoscimento delle decisioni di scioglimento dei partenariati.*

Tra le decisioni relative ai rapporti tra i conviventi, per cui si

(50) BUCHER, *La famille*, cit., p. 120.

(51) Si veda sul punto *supra* il par. 9 del capitolo II.

(52) *Libro verde sulle obbligazioni alimentari* presentato dalla Commissione il 15 aprile 2004, cit.

(53) *Libro verde sulle obbligazioni alimentari* presentato dalla Commissione il 15 aprile 2004, cit., p. 5.

pone il problema del riconoscimento, un ruolo molto significativo deve essere attribuito a quelle relative allo scioglimento delle unioni civili, possibile nel quadro degli ordinamenti in cui esso può avvenire solo tramite l'intervento di un giudice (54), come ad es. nel Regno Unito, secondo le previsioni del *Civil Partnership Act 2004* (55), o in Finlandia, in base alle disposizioni dell'*Act on Registered Partnerships* (56), o in Germania, secondo il *Lebenspartnerschaftsgesetz* del 2001 (57), o infine in Portogallo, quando a seguito

(54) L'analisi della riconoscibilità degli atti amministrativi che pongono fine alle unioni civili è già stata svolta *supra* al par. 2 di questo capitolo.

(55) Si veda ad es. il § 37 del *Civil Partnership Act 2004*, secondo il quale: « (1) *The court may, in accordance with this Chapter—(a) make an order (a “dissolution order”) which dissolves a civil partnership on the ground that it has broken down irretrievably; (b) make an order (a “nullity order”) which annuls a civil partnership which is void or voidable; (c) make an order (a “presumption of death order”) which dissolves a civil partnership on the ground that one of the civil partners is presumed to be dead; (d) make an order (a “separation order”) which provides for the separation of the civil partners.* (2) *Every dissolution, nullity, or presumption of death order — (a) is, in the first instance, a conditional order, and (b) may not be made final before the end of the prescribed period (see section 38); and any reference in this Chapter to a conditional order is to be read accordingly.* (3) *A nullity order made where a civil partnership is voidable annuls the civil partnership only as respects any time after the order has been made final, and the civil partnership is to be treated (despite the order) as if it had existed up to that time.* (4) *In this Chapter, other than in sections 58 to 61, “the court” means — (a) the High Court, or (b) if a county court has jurisdiction by virtue of Part 5 of the Matrimonial and Family Proceedings Act 1984 (c. 42), a county court.* (5) *This Chapter is subject to sections 219 to 224 (jurisdiction of the court) ».*

(56) La s. 7 dispone infatti: « (1) *A registered partnership shall be dissolved when one partner dies or is declared dead, or when it is dissolved by court order.* (2) *The dissolution of a registered partnership shall be governed by the provisions of the Marriage Act on divorce ».* Norme particolari definiscono poi la competenza dei giudici finlandesi a pronunciare lo scioglimento di *partnerships* registrate (sez. 13) e la possibilità del riconoscimento di decisioni straniere concernenti lo scioglimento di *partnerships* registrate (sez. 14).

(57) Il § 15 stabilisce infatti: « (1) *Die Lebenspartnerschaft wird auf Antrag eines oder beider Lebenspartner durch gerichtliches Urteil aufgehoben.* (2) *Das Gericht hebt die Lebenspartnerschaft auf, wenn 1. beide Lebenspartner erklärt haben, die Lebenspartnerschaft nicht fortsetzen zu wollen, und seit der Erklärung zwölf Monate vergangen sind; 2. ein Lebenspartner erklärt hat, die Lebenspartnerschaft nicht fortsetzen zu wollen, und seit der Zustellung dieser Erklärung an den anderen Lebenspartner 36 Monate vergangen sind; 3. die Fortsetzung der Lebenspartnerschaft für den Antragsteller aus Gründen, die in der Person des anderen Lebenspartners liegen, eine unzumut-*

della dissoluzione di un'unione si intendano far valere i diritti dalla stessa derivanti (58).

Per tali decisioni, riconoscibili entro l'ordinamento italiano in ragione della qualificazione delle unioni civili come inerenti all'esercizio dei diritti fondamentali degli individui, precedentemente esaminata (59), si pone pertanto il problema di studiare la disciplina secondo la quale tale riconoscimento è attuabile.

Il Regolamento Bruxelles I e il Regolamento Bruxelles II-*bis* non paiono al riguardo applicabili. Le decisioni di scioglimento dei partenariati non sono riconoscibili ai sensi del Regolamento n. 44/2001, per effetto della disposizione dell'art. 1, comma 2, lett. *a* (60). Quanto al Regolamento Bruxelles II-*bis*, il cui ambito d'applicazione riguarda specificamente il riconoscimento delle decisioni « in materia matrimoniale » (61), è evidente che la qualificazione delle

bare Härte wäre. (3) Die Lebenspartner können ihre Erklärungen nach Absatz 2 Nr. 1 oder 2 widerrufen, solange die Lebenspartnerschaft noch nicht aufgehoben ist. Widerruft im Falle des Absatzes 2 Nr. 1 einer der Lebenspartner seine Erklärung, hebt das Gericht die Lebenspartnerschaft auf, wenn seit der Abgabe der übereinstimmenden Erklärung 36 Monate vergangen sind. (4) Die Erklärungen nach Absatz 2 Nr. 1 und 2 und nach Absatz 3 müssen persönlich abgegeben werden und bedürfen der öffentlichen Beurkundung. Sie können nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben werden ». Quanto al riconoscimento delle sentenze tedesche di scioglimento dei partenariati si ricorda la rilevante modifica dell'art. 661 della *Zivilprozessordnung*, tramite la quale si è disposta l'inapplicabilità alle unioni registrate della regola secondo la quale in materia di divorzio i tribunali tedeschi non sono competenti se la sentenza da essi pronunciata non possa essere riconosciuta dai tribunali dello Stato al quale almeno uno dei coniugi appartiene. Ciò al fine di evitare che l'assenza di riconoscimento all'estero delle unioni registrate possa limitare in qualche modo la giurisdizione tedesca in materia di scioglimento delle stesse.

(58) L'art. 8 della lei n. 7/2001 dispone infatti: « (1) *Para efeitos da presente lei, a união de facto dissolve-se: a) Com o falecimento de um dos membros; b) por vontade de um dos seus membros; c) com o casamento de um dos membros.* (2) *A dissolução prevista na alínea b) do número anterior apenas terá de ser judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer direitos da mesma dependentes, a proferir na acção onde os direitos reclamados são exercidos, ou em acção que siga o regime processual das acções de estado ».*

(59) Si vedano sul punto *supra* i par. 3 e 4 della I sezione del capitolo IV.

(60) Sul quale si veda *supra* il par. 2 del capitolo III.

(61) Precisando che entro tale ambito si devono intendere ricomprese « una

unioni civili nell'ambito dei diritti della personalità, che si è individuata nel corso della presente indagine, impedisce di ricondurre il riconoscimento delle decisioni relative allo scioglimento di tali istituti alla disciplina prevista per il riconoscimento delle decisioni di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio, nonostante il fatto che un'autonoma definizione della nozione di matrimonio da assumersi accolta dal Regolamento n. 2201/2003 potrebbe giustificare estensioni della disciplina dallo stessa prevista, quanto meno nei rapporti tra ordinamenti che assimilano i partenariati all'istituto matrimoniale, seppure non per l'orientamento che, sulla base della qualificazione familiare di tali istituti, esclude anche la posizione del problema della loro riconoscibilità (62).

Alla luce della qualificazione dei presupposti delle unioni civili nell'ambito dei diritti della personalità, appare dunque evidente che, per riconoscere, entro l'ordinamento italiano, le sentenze straniere che accertino la dissoluzione dei partenariati, non resta che rivolgersi alle norme degli artt. 64 e 65 della legge italiana di diritto internazionale privato, verificando l'esistenza delle condizioni richieste allo scopo; si tratterà poi di vedere se la prospettata qualificazione potrà limitare l'applicazione dell'ordine pubblico, consentendo così ai conviventi di vedere riconosciuto in Italia lo stato libero riacquisito a seguito della dissoluzione del partenariato.

Tale soluzione risolverebbe certamente i problemi dei cittadini stranieri che abbiano registrato e sciolto all'estero un partenariato ed intendano poi contrarre matrimonio in Italia (63). È evidente che i cittadini stranieri vincolati da un partenariato possono con-

decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio emessa dal giudice di uno Stato membro » (art. 2, n. 4).

(62) BARATTA, *Scioglimento e invalidità*, cit., p. 52.

(63) Per il problema, più ampio, dei cittadini stranieri che abbiano concluso all'estero un accordo di convivenza o un partenariato e intendano contrarre matrimonio in Italia senza aver sciolto tali istituti della convivenza, si veda invece *supra* il par. 4 della I sezione del capitolo IV.

trarre matrimonio in Italia solo qualora l'ordinamento richiamato tramite il collegamento della cittadinanza, di cui all'art. 27, l. n. 218/1995, lo consenta. Poiché tuttavia la generalità delle discipline sugli accordi di convivenza prevede, come si è visto, che lo *status* di convivente abbia effetti personali e familiari superabili solo tramite un atto che estingua il partenariato (v. ad es. § 11, 1 della l. tedesca 2001, o la sez. 1 del cap. 3 della l. svedese 1994), è chiaro che si dovrà dare risposta quasi sempre negativa alla questione concernente la capacità matrimoniale di un cittadino straniero vincolato da un partenariato (64). Al contrario, il riconoscimento della decisione che estingue l'istituto della convivenza consente allo straniero di riacquistare lo stato libero e si rivela come funzionale all'ordine pubblico italiano, qualora si ritenga che il *favor matrimonii* sia un principio fondamentale del nostro sistema giuridico.

Quanto ai cittadini italiani, che abbiano concluso all'estero un partenariato o un accordo di convivenza, e intendano contrarre matrimonio in Italia, è chiaro che il problema del riconoscimento del provvedimento di scioglimento delle unioni civili si pone solo qualora si ammetta la riconoscibilità di tali istituti e non si ritenga preferibile ritenere già esistente lo stato libero in capo a tali soggetti (65), rilevando, in tale contesto, il principio di ordine pubblico positivo del *favor matrimonii*.

5. (Segue): *le decisioni relative ai rapporti con i figli.*

I rapporti tra i conviventi e i figli possono dar luogo, come si è visto (66), a molteplici questioni, e conseguentemente a varie decisioni in materia, la cui riconoscibilità potrà realizzarsi secondo

(64) Rappresentano una deroga a tale soluzione i casi come quello previsto dall'art. 515-7 del Code civil francese secondo cui il matrimonio estingue il *pacs*, sul quale si veda *supra* il par. 4 della I sezione del capitolo IV.

(65) Come affermato al par. 4 della I sezione del capitolo IV.

(66) Si vedano sul punto *supra* i par. 2, 3 e 4 della II sezione del capitolo IV.

una disciplina differentemente determinata, in base all'oggetto delle medesime decisioni, e secondo modelli profondamente diversi, a seconda della fonte di volta in volta considerata in ragione dell'ambito d'applicazione oggettivo e soggettivo.

Così, quanto alle decisioni concernenti la responsabilità genitoriale in caso di scioglimento del partenariato o dell'accordo, si pone la scelta tra le norme del Regolamento n. 2201/2003, le disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1961 (67), e gli artt. 64 e ss. della l. n. 218/1995 quali norme rivolte al regolare il riconoscimento di tali decisioni.

La disciplina prevista dal Regolamento Bruxelles II-*bis*, agli artt. 21 e ss., per il riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale si applica infatti alle decisioni provenienti dai paesi membri dell'Unione europea. Ciò in ragione del fatto che, come chiarito dalla disposizione dell'art. 2, n. 7 del Regolamento in esame per « responsabilità genitoriale » si intendono « i diritti e i doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita ». Appare pertanto chiaro che il Regolamento Bruxelles II-*bis* intende applicarsi alle decisioni concernenti la responsabilità genitoriale sui figli delle coppie non sposate. Tale aspetto costituisce infatti, come si è visto, un punto centrale del *Progetto di programma del Consiglio relativo all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale del 2001* (68), in base al quale il Regolamento Bruxelles II è stato modificato e in questo senso completato proprio per « (...) estendere il campo d'applicazione del regolamento Bruxelles II, eventualmente con uno stru-

(67) Ciò, sino al momento in cui non entrerà in vigore la nuova Convenzione dell'Aja del 1996, che l'Italia per il momento ha soltanto sottoscritto. Sugli effetti che essa determinerà quanto al riconoscimento dei provvedimenti relativi ai figli dei membri di unioni registrate, si veda in generale DEVERS, *Le concubinage*, cit., p. 431 ss.

(68) Sul quale si veda *supra* il par. 9 del capitolo II.

mento separato, in particolare alle decisioni che riguardano l'esercizio della potestà dei genitori sui figli delle coppie non sposate » (69).

Le decisioni relative alla responsabilità genitoriale sono riconosciute, nell'ambito del Regolamento Bruxelles II-*bis*, senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento. Qualunque parte interessata può richiedere che la decisione deve essere o non può essere riconosciuta. Costituiscono ragioni ostative al riconoscimento della decisione quelle indicate dall'art. 23 del Regolamento (70). In particolare, con riferimento al limite dell'ordine pubblico, mette conto rilevare che la disposizione di cui alla lett. *a*) dell'art. 23 puntualizza che il ricorso all'ordine pubblico per il rifiuto del riconoscimento delle decisioni relative alla potestà genitoriale deve considerare « l'interesse superiore del figlio ».

Si offre così al giudice nazionale uno strumento particolarmente utile per l'applicazione dell'ordine pubblico, nell'ambito della quale si introducono le valutazioni effettuate a livello comu-

(69) *Progetto di programma del Consiglio relativo all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale*, cit.

(70) L'art. 23 del Regolamento n. 2201/2003 dispone infatti: « Le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute nei casi seguenti: *a*) se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; *b*) se, salvo i casi d'urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto; *c*) quando è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione; *d*) su richiesta di colui che ritiene che la decisione sia lesiva della propria responsabilità genitoriale, se è stata emessa senza dargli la possibilità di essere ascoltato; *e*) se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa nello Stato membro richiesto; *f*) se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa in un altro Stato membro o nel paese terzo in cui il minore risiede, la quale soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto; o *g*) se la procedura prevista dall'art. 56 non è stata rispettata ».

nitario nella definizione dell'ordine pubblico interno (71). Alla luce di tali considerazioni, pare dunque possibile affermare, seppure in attesa di conferme da parte della giurisprudenza italiana, che il riconoscimento della decisione concernente l'affidamento dei figli dei conviventi non può non corrispondere a tale requisito, dal momento che è ormai generalmente nota l'estensione dell'ambito d'applicazione del diritto al rispetto della vita familiare, in forza di principi di ordine pubblico positivo (72). Inoltre, sempre con riguardo ai motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale, si segnala positivamente la scomparsa della rilevanza del controllo della legge applicata dal giudice dello Stato d'origine ai fini del riconoscimento di tali decisioni (art. 23), in quanto strumento utile alla realizzazione dell'efficacia delle prerogative connesse allo *status* dei conviventi e dei figli degli stessi (73).

Quanto all'esecuzione delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale, rileva, in linea generale, la norma dell'art. 28 del Regolamento Bruxelles II-*bis*, secondo cui le pronunce relative alla responsabilità dei genitori su un minore, emesse ed esecutive in un determinato Stato membro, sono eseguite in altro Stato membro dopo esservi state dichiarate esecutive su istanza della parte interessata ed a condizione che siano state notificate.

La procedura prevista per l'esecuzione delle decisioni, come per l'accertamento preventivo dei requisiti del riconoscimento, si articola secondo diverse fasi: la prima fase si apre su istanza di parte e ha natura monitoria, in quanto all'interno di essa il giudice competente (territorialmente definito dall'art. 29 del Regolamento e per funzione sulla base della comunicazione che ciascuno Stato membro deve fare alla Commissione *ex art.* 68) esamina l'esistenza di ostacoli al riconoscimento e decide se accogliere l'istanza o riget-

(71) Si veda sul punto BERTOLI, *Corte di giustizia*, cit., p. 487, nt. 249.

(72) BUCHER, *L'ordre public*, cit., p. 26 ss.; MOSCONI, *Exceptions to the Operation*, cit., p. 127; CARBONE S.M., IVALDI, *Lezioni*, cit., p. 65.

(73) BUCHER, *La famille*, cit., p. 104.

tarla. La seconda fase è eventuale e consegue all'opposizione del richiedente l'esecuzione o della persona contro cui è richiesta l'esecuzione; tale fase si svolge in contraddittorio ma non è detto che abbia natura contenziosa; dipende dalle previsioni delle leggi nazionali (74). È prevista inoltre una terza fase, di impugnazione del provvedimento che decide sull'opposizione (art. 34), secondo le procedure che gli Stati comunicano alla Commissione ai sensi dell'art. 68. In quest'ultima fase i giudici possono anche sospendere il procedimento se la decisione straniera è stata impugnata con mezzo ordinario o non sia scaduto il termine per proporlo (contro questo provvedimento non è invece prevista impugnazione).

Occorre poi ricordare l'esistenza di regole speciali in relazione all'esecuzione di « talune decisioni in materia di diritto di visita e di talune decisioni che prescrivono il ritorno del minore » (artt. 40-45 del Regolamento Bruxelles II-*bis*) (75), che tuttavia non esclude che il titolare della responsabilità genitoriale chieda il riconoscimento e l'esecuzione di tali decisioni secondo le sezioni 1 e 2 (art. 40, par. 2) (76).

Secondo il regime speciale previsto dal Regolamento Bruxelles II-*bis* le decisioni relative al diritto di visita e al ritorno del minore sono caratterizzate dall'automaticità di riconoscimento ed esecuzione senza che sia possibile opporre opposizione. L'esecuzione è infatti subordinata alla semplice esibizione di una copia della decisione che « presenti le condizioni di autenticità prescritte » e di un « certificato » in parte soggetto all'obbligo di traduzione (art.

(74) BARATTA, *Il regolamento*, cit., p. 163 ss.

(75) Su tale aspetto, si veda MAGRONE, *La disciplina del diritto di visita nel Regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 339 ss.; BARUFFI, *Il diritto di visita*, cit., p. 162 ss.

(76) Quanto al coordinamento tra la disciplina prevista dal Regolamento n. 2201/2003 e quella posta da altri atti internazionali, quali ad es. la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, e la Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, si veda BARUFFI, *Il diritto di visita*, cit., p. 145 ss.

45). Occorre però il rispetto di due condizioni previste dagli artt. 41 e 42, rispettivamente per le decisioni concernenti il diritto di visita e quelle relative al ritorno del minore: la decisione deve essere esecutiva nello Stato d'origine; la decisione deve essere certificata sulla base di un modello standard allegato al regolamento con un documento redatto dal giudice dello Stato d'origine (77). Grazie a tale certificazione si accerta il rispetto di determinate garanzie, quali il diritto di difesa, o l'accettazione della decisione da parte del convenuto, e la partecipazione del minore al procedimento. Il giudice dello Stato richiesto potrà esclusivamente intervenire al fine di integrare le modalità concernenti il diritto di visita qualora le stesse non siano state sufficientemente precisate nel provvedimento straniero (art. 48). L'esecuzione di tali decisioni avviene secondo le disposizioni della *lex fori*. Qualora tuttavia si opponga a tale automatica esecutività della pronuncia estera la circostanza che il diritto dello Stato membro in cui si chiede l'attuazione non ne preveda l'esecutività di diritto, spetterà al giudice locale, ai sensi dell'art. 41, par. 1, seconda parte, del Regolamento n. 2201/2003, dichiarare la decisione esecutiva (78).

(77) Il giudice dello Stato d'origine rilascia a tal fine una certificazione secondo il modello di cui all'allegato III al Regolamento n. 2201/2003. Tale rilascio avviene, secondo quanto prevede l'art. 41, par. 2, se: « a) in caso di procedimento in contumacia, la domanda giudiziale o un atto equivalente è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale che questi possa presentare le proprie difese, o, è stato notificato o comunicato nel mancato rispetto di queste condizioni, sia comunque accertato che il convenuto ha accettato la decisione inequivocabilmente; b) tutte le parti interessate hanno avuto la possibilità di essere ascoltate; e c) il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità. Il certificato standard deve essere compilato nella lingua della decisione ». Sulle inesattezze terminologiche di tale disposizione si veda MAGRONE, *La disciplina*, cit., p. 365 s.; BARUFFI, *Il diritto di visita*, cit., p. 163.

(78) Relativamente all'attuazione concreta del diritto di visita, secondo quanto prevede l'art. 48, ferma restando la regola per cui il procedimento di esecuzione è disciplinato dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione, valgono le modalità pratiche volte ad organizzarne l'esercizio stabilite dalla stessa autorità, qualora le modalità necessarie non siano state o siano state insufficientemente previste nella decisione

Occorre inoltre ricordare che la decisione certificata non potrà essere eseguita se incompatibile con una decisione esecutiva emessa posteriormente (art. 47, par. 2), come potrebbe accadere ad es. in caso di trasferimento del minore e di conseguente trasferimento di competenza alle autorità dello Stato di nuova residenza abituale del minore, secondo quanto prevede l'art. 9. Questo regime speciale di immediata esecutività e di preclusione di forme d'opposizione al riconoscimento, qualora la decisione sia stata certificata nello Stato d'origine, vale anche per le decisioni in materia di ritorno del minore (79).

Il riconoscimento delle decisioni concernenti la responsabilità genitoriale, a seguito della rottura di una convivenza formalizzata secondo l'ordinamento di un paese non appartenente all'Unione europea può ricadere invece nella disciplina generalmente prevista dall'art. 65, l. n. 218/1995 per i « provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità ». Ad es. la sentenza statunitense concernente l'affidamento dei figli minori di una coppia di conviventi può essere riconosciuta in Italia qualora siano rispettate le condizioni previste dall'art. 65, ovvero qualora con riguardo alle circostanze del caso, tali provvedimenti siano stati posti in essere dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della legge italiana di diritto internazionale privato e non siano contrari

emessa dalle autorità giurisdizionali dello Stato membro competente a conoscere del merito. Ciò non può tuttavia comportare uno snaturamento dei contenuti della pronuncia estera, sicché i contenuti essenziali di quest'ultima risultano, in ogni caso, intangibili.

(79) Anche in tale ipotesi il rilascio della certificazione da parte del giudice dello Stato d'origine è subordinato, secondo quanto prevede l'art. 42 del Regolamento Bruxelles II-*bis*, al fatto che: « *a*) il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità; *b*) le parti hanno avuto la possibilità di essere ascoltate; e *c*) l'autorità giurisdizionale ha tenuto conto, nel rendere la sua decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'art. 13 della convenzione dell'Aia del 1980 ». Su di esse si v. BARUFFI, *Il diritto di visita*, cit., p. 166 ss.

all'ordine pubblico. La combinazione di tale limite con il procedimento dell'adattamento (80) potrà, in alcuni casi, risolvere i problemi derivanti dalla circostanza che l'effetto considerato dalla sentenza (l'affidamento dei figli minori) sia determinato da un istituto sconosciuto al foro, quale appunto il partenariato registrato negli Stati Uniti.

Per i casi più problematici, ovvero quelli concernenti le decisioni che attribuiscono ai *partners* diritti e facoltà connessi all'autorità parentale sui figli dell'altro coniuge (81), è inoltre possibile il riconoscimento secondo quanto prevede la Convenzione dell'Aja del 1961, che in linea generale prevede il principio del riconoscimento delle misure prese dalle autorità competenti ai sensi della Convenzione (art. 7), lasciando tuttavia ogni Stato libero di procedere, sulla base del diritto interno o di altre convenzioni per esso in vigore al riconoscimento e all'esecuzione di misure che comportino « atti di esecuzione in uno Stato diverso da quello in cui esse sono state adottate », con il limite importante dato dall'art. 3, secondo il quale « un rapporto d'autorità risultante di pieno diritto dalla legislazione interna dello Stato di cui il minore è cittadino è riconosciuto in tutti gli Stati contraenti » (82). L'ordine pubblico non dovrebbe contrastare il riconoscimento di tale decisione, sia per l'effetto attenuato ad esso attribuibile (83), sia per la necessità di considerare il diritto al rispetto della vita familiare previsto dal-

(80) Sulla quale si veda in generale LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public*, cit., p. 237 ss.

(81) Come stabilito, ad es., in Germania dal § 9 della l. del 2001, in Olanda dalla l. del 4 ottobre 2001, ed inoltre dall'art. 538.3. del codice civile del Québec, e dal § 1204 (6) del *Civil Union Act* del Vermont. Anche in Italia, d'altra parte, l'art. 317-bis, comma 2, prevede che l'esercizio della potestà spetti ai genitori naturali che abbiano entrambi riconosciuto il figlio e vivano insieme.

(82) Si veda sul punto PICONE, *La nuova Convenzione*, cit., p. 536. E, in particolare, per quanto riguarda gli effetti della nuova Convenzione dell'Aja del 1996 sui figli dei conviventi DEVERS, *Le concubinage*, cit., p. 431 ss.

(83) Sul quale, si veda *amplius supra* il par. 8 della II sezione del capitolo IV.

l'art. 8 della Convenzione europea del 1950 come principio di ordine pubblico positivo (84).

Per il riconoscimento delle decisioni aventi ad oggetto i crediti alimentari sorti tra genitori e figli, nel quadro di istituti della convivenza localizzati negli Stati membri dell'Unione europea si applicheranno, da un lato, le regole, precedentemente esaminate, poste dal Regolamento n. 44/2001, e, dall'altro, dalle disposizioni già considerate della Convenzione di Lugano, nei rispettivi ambiti di applicazione, con ciò evidenziando la dicotomia esistente tra il sistema offerto dal Regolamento, in cui, a differenza di quello convenzionale, non rileva il controllo della legge applicata dal giudice dello Stato d'origine (art. 34), con evidenti vantaggi ai fini della realizzazione delle prerogative dei membri delle convivenze.

Per le sentenze riguardanti i crediti alimentari sorti nell'ambito delle relazioni di convivenza non localizzate entro i sistemi aderenti alle discipline di Bruxelles e Lugano, valgono invece le regole poste dalla Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari. Accanto a tale ultima Convenzione, occorre tuttavia ricordare anche l'esistenza della Convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari nei confronti dei minori, e la necessità peraltro già considerata di risolvere il coordinamento tra tali fonti (85), attualmente, a livello interpretativo e in futuro, tramite la nuova regolamentazione internazionalprivatistica che sarà elaborata o ad opera della Conferenza dell'Aja, o nel quadro del *Programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale*, intrapreso, come si è visto, a seguito delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, secondo le esigenze evidenziate dal Libro verde sulle

(84) Si vedano sul punto *supra* i par. 2 e 3 del capitolo II.

(85) Si veda sul punto *supra* il par. 4 del capitolo III.

obbligazioni alimentari presentato dalla Commissione nel 2004 (86).

6. (Segue): *il riconoscimento dei provvedimenti di adozione.*

Nell'ambito dell'analisi concernente il riconoscimento delle sentenze aventi ad oggetto le questioni poste dalle unioni civili, merita autonoma considerazione, per le peculiarità che la caratterizza, la riconoscibilità dei provvedimenti di adozione, pronunciati nei paesi i cui ordinamenti ammettano i conviventi all'adozione (come ad es. in Olanda, in Spagna secondo la l. catalana n. 10/1998, e in Regno Unito, secondo quanto prevede il *Civil Partnership Act 2004*) (87).

Qualora ad es. una coppia di cittadini olandesi intenda porre in essere un'adozione di minore con effetti legittimanti, generalmente preclusa dall'ordinamento italiano ai cittadini stranieri, dal momento che l'art. 38, comma 1, l. n. 218/1995 dispone, come si è visto (88), per queste fattispecie, la necessaria operatività della legge italiana, si pone il problema di verificare la possibilità che tali soggetti hanno di realizzare in Italia un'adozione di minori con effetti legittimanti, richiedendo all'estero la pronuncia del provvedimento di adozione, e ottenendone successivamente il riconoscimento in Italia secondo quanto stabilisce l'art. 41, l. n. 218/1995 (89).

A tale riguardo, viene dunque in rilievo la necessità di coordinare la disciplina prevista dal sistema italiano di diritto internazionale privato in tema di riconoscimento delle sentenze straniere

(86) *Libro verde sulle obbligazioni alimentari* presentato dalla Commissione il 15 aprile 2004, COM (2004) 254 definitivo.

(87) Sulla quale si veda *supra* il par. 3 della II sezione del capitolo IV.

(88) Si veda sul punto *supra* il par. 3 della II sezione del capitolo IV.

(89) Tale pare essere il suggerimento proposto da PICONE, *La riforma*, cit., p. 467, seppure non relativamente ai membri delle convivenze.

(artt. 64 e ss.) con quanto disposto dalle leggi speciali in materia di adozione dei minori (art. 41, comma 2). Ciò, in ragione del fatto che le differenze esistenti tra il procedimento di riconoscimento previsto dalla legge italiana sull'adozione (90) e quello di cui agli artt. 64, 65 e 66, l. n. 218/1995 evidenziano l'importanza di delimitare con certezza il raggio d'azione delle due discipline.

Senza poter approfondire in tale sede tutti gli aspetti di tale complessa questione, è tuttavia possibile ricordare, in linea generale, che il procedimento di riconoscimento di cui alla legge italiana di adozione riguarda i provvedimenti relativi a minori stranieri, come evidenziato dalla dottrina già anteriormente all'adattamento dell'ordinamento italiano alla Convenzione dell'Aja del 1993; le adozioni di minori italiani realizzate all'estero devono, nel silenzio della legge, essere riconosciute in base alle disposizioni richiamate nel comma 1 dell'art. 41 (91). Un'altra ipotesi in cui non sembra possa applicarsi l'art. 41, comma 2, della legge italiana di diritto internazionale privato riguarda le adozioni di minori stranieri, che non presentano legami significativi con l'ordinamento italiano, come ad esempio nel caso in cui vengano poste in essere da parte di persone straniere residenti all'estero. Tale opinione appariva consolidata già anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 476/1998 (92): anche attualmente sembra possibile confermare che le adozioni in esame possono essere riconosciute ai sensi degli artt. 64, 65 e 66 della legge italiana di diritto internazionale privato.

(90) L. 4 maggio 1983, n. 184, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori* (« diritto del minore ad una famiglia »), come modificata dalla l. 31 dicembre 1998, n. 476 di adattamento alla Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, in *G.U.*, n. 8 del 12 gennaio 1999, e dalla l. 28 marzo 2001 n. 149, « Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori" nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile », in *G.U.*, n. 96 del 26 aprile 2001, che ha anche sostituito il titolo della prima legge.

(91) BONOMI, *La disciplina dell'adozione internazionale dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 355 ss., p. 381 ss.; CAFARI PANICO, *Art. 41*, in *Commentario*, cit., p. 206 ss.

(92) BONOMI, *La disciplina*, cit., p. 382; BARATTA, *Il riconoscimento dei provvedimenti stranieri nella nuova legge sull'adozione*, in *Riv. dir. int.*, 1985, p. 782 ss., p.

Di conseguenza, con riguardo alle adozioni poste in essere dai conviventi stranieri, il riconoscimento ai sensi degli artt. 64, 65 e 66 (93) pone la necessità di verificare la compatibilità del provvedimento straniero con i requisiti di cui alle disposizioni in esame, che non creano particolari difficoltà, ad eccezione forse del limite dell'ordine pubblico.

A tale riguardo, è opportuno sottolineare come si sia da tempo affermata la non contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento dei provvedimenti di adozione pronunciati a favore di persone non coniugate, dal momento che la violazione di tale limite può dirsi realizzata quando concerne una norma che sancisce un divieto assoluto, e pertanto non può ammettersi con riguardo alla previsione dell'art. 44 sul divieto di adozione da parte di persona non coniugata. Questa disposizione, come ampiamente riconosciuto in giurisprudenza, seppure con riguardo al problema delle adozioni richieste da parte di persone singole (94), non presenta infatti tale carattere inderogabile, prevedendo numerose eccezioni al divieto da essa posto (95). Pare pertanto possibile estendere tali considerazioni alla riconoscibilità dei provvedimenti di adozione da parte dei conviventi, come ad es. nel caso previsto dalla recente riforma della disciplina tedesca dei partenariati, dell'adozione del figlio del convivente (96). D'altra parte, l'ormai costante riconoscimento dei provvedimenti stranieri costitutivi di adozione in capo a persone non coniugate, in vista del « superiore interesse del mi-

793; DAVÌ, *Adozione nel diritto internazionale privato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1988, I, p. 131 ss., p. 149.

(93) Tale forma di riconoscimento è applicabile anche in altre ipotesi, quali le adozioni di minori stranieri emesse dal giudice straniero nei confronti di cittadini stranieri residenti all'estero; le adozioni dei maggiori; le adozioni in « casi particolari » di cui all'art. 44 della l. n. 184/1983. Si rinvia sul punto a TONOLO, *Art. 41*, in *Commento*, cit., p. 170 ss.

(94) Cass., 8 novembre 1994, n. 9278, in *Dir. fam.*, 1995, I, p. 987; App. Torino, 27 novembre 1995, in *Dir. fam.*, 1997, p. 604; App. Torino, 30 ottobre 2000, in *Giur. merito*, 2001, p. 636, nota ORLANDI.

(95) Si veda in generale sul punto PINESCHI, *Adozione*, cit., p. 929 ss.

(96) Si veda sul punto *supra* il par. 2 del capitolo I.

nore », consente di delineare l'esistenza di un nuovo principio di ordine pubblico positivo, inquadrabile nella più ampia nozione dell'ordine pubblico comunitario (97).

(97) Si veda generalmente sul punto *supra* il par. 8 della II sezione del capitolo IV.

RILIEVI CONCLUSIVI

SOMMARIO: 1. Osservazioni generali. — 2. Rilevanza della qualificazione delle unioni civili. — 3. Soluzioni proponibili sulla base della qualificazione autonoma delle unioni civili.

1. *Osservazioni generali.*

L'analisi svolta relativamente alle unioni civili, pur se diversamente previste e regolate nell'ambito di molti ordinamenti giuridici, consente ora di svolgere alcuni rilievi conclusivi circa i risultati raggiunti.

In via preliminare è possibile osservare che nella definizione di tali istituti, assumano essi la forma del partenariato o dell'accordo, risulta centrale l'evoluzione avvenuta nel diritto internazionale a tutela del diritto dell'individuo ad intrattenere relazioni interpersonali.

Ciò in ragione della duplice integrazione dei principi fondamentali in materia di relazioni personali tra individui aventi legami con Stati diversi con le norme materiali dei singoli ordinamenti giuridici. Infatti da un lato la consapevolezza della necessità di rispettare i diritti sanciti dagli atti internazionali ha determinato modifiche e adeguamenti delle discipline materiali dei paesi che si sono impegnati al rispetto di tali obblighi, in corrispondenza del significato dagli stessi assunto in via interpretativa (1). Dall'altro lato, la rilevanza autonoma dei diritti dell'uomo che ha condotto ad affermarne la natura di principi di ordine pubblico internazionale

(1) A tale aspetto si è rivolto il capitolo I.

non può non costituire un limite, negativo o positivo, all'applicabilità delle norme di diritto internazionale privato, nei casi in cui il gioco dei criteri di collegamento faccia riferimento ad una legge che si ponga in contrasto con tali principi (2).

Appare perciò utile, ed è stato un fine della presente ricerca, acquisire una piena comprensione delle norme di diritto internazionale, funzionali alla ricostruzione delle unioni civili ed al loro riconoscimento negli ordinamenti nazionali, anche in ragione delle differenti implicazioni ad esse connesse. Se infatti si può concludere che l'impulso dato dagli strumenti internazionali di tutela dei diritti dell'uomo al riconoscimento delle unioni civili, nel quadro della nozione di vita familiare, possa valere ai fini della qualificazione dei loro presupposti in termini di diritti della personalità dei singoli, ma non con riguardo all'elaborazione di una nozione autonoma delle stesse, si può d'altra parte considerare l'efficacia, a tal fine, della giurisprudenza interpretativa della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La definizione di istituti necessariamente sottoposti alla regolamentazione dei singoli ordinamenti non può infatti non ritenersi agevolata nel quadro dell'integrazione tra sistemi nazionali di garanzia dei diritti umani e sistema europeo, evidenziata, come si è detto, dalla giurisprudenza *Cossey* (3), nel quadro del metodo interpretativo, ormai consolidato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di adeguare la Convenzione di Roma agli sviluppi della realtà sociale degli Stati membri (4), e di realizzare l'« oggetto e lo scopo » della stessa Convenzione, ovvero l'attuazione degli obblighi *erga omnes* posti a favore degli individui.

Pertanto dalla considerazione che la garanzia di cui all'art. 8 della Convenzione di Roma del 1950 determina, a carico degli Stati, non solo gli obblighi negativi rivolti a proteggere l'individuo contro ingerenze arbitrarie, ma anche gli obblighi positivi diretti a

(2) Su tali aspetti si veda *supra* il par. 9 del capitolo II.

(3) Sent. 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, cit., sulla quale si vedano *supra* i par. 3 e 4 del capitolo II.

(4) DE BLOIS, *The Fundamental Freedom*, cit., p. 35.

garantire il rispetto effettivo della vita privata e familiare, al fine di consentire ai singoli di intrattenere le relazioni interpersonali che corrispondono a tale concetto, e che tali obblighi riguardano non solo lo Stato in cui tali relazioni sono state create ma anche quelli in cui esso determina i suoi effetti (5), si conferma inoltre l'interesse all'analisi delle tematiche connesse alle unioni civili dal punto di vista del diritto internazionale privato e processuale (6).

Come si è visto, sia la determinazione del giudice competente (7) sia l'individuazione della legge applicabile ad una determinata questione sorta tra soggetti che intrattengono relazioni nel quadro di tali istituti della convivenza (8) si possono considerare come strumenti rivolti a contribuire alla realizzazione di un diritto fondamentale dell'individuo. Inoltre, poiché tra gli obblighi positivi incombenti sugli Stati per attuare l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ricorre anche quello di riconoscere le decisioni riguardanti gli attori della vita familiare, quando quest'ultima si svolge entro diversi ordinamenti (9), è evidente che anche la disciplina nazionale relativa al riconoscimento delle sentenze (10) rappresenta un mezzo di tutela del diritto fondamentale dell'individuo alle relazioni familiari.

L'esiguità delle regole di diritto internazionale privato codificate in materia dimostra tuttavia la scarsa attenzione degli Stati riguardo alla vita di relazione degli individui e all'attuazione degli obblighi imposti dalla Convenzione di Roma del 1950. Come si è detto (11), solo alcuni ordinamenti, tra quanti hanno regolato le

(5) Sent. 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, cit., par. 31; sent. 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, cit., par. 50; 27 ottobre 1994, *Kroon c. Paesi Bassi*, cit., par. 31 ss.

(6) MATSCHER, *Le droit international privé*, cit., pp. 211-234.

(7) A tale aspetto è stato dedicato il capitolo III.

(8) La determinazione della legge applicabile agli istituti della convivenza è stata analizzata nel capitolo IV.

(9) Sent. 25 gennaio 2000, *Ignaccolo Zenide c. Romania*, cit., par. 95.

(10) Tale tema è stato oggetto di indagine nell'ambito del capitolo V.

(11) Si veda sul punto *supra* il par. 4 del capitolo I.

unioni civili, hanno previsto norme di conflitto per aspetti specifici degli stessi, e di limitata applicazione.

Alla luce di tali considerazioni, la ricostruzione della disciplina concernente la competenza giurisdizionale, la legge applicabile e il riconoscimento di decisioni e provvedimenti in materia di unioni civili si configura come un contributo all'evoluzione normativa diretta alla realizzazione di un diritto fondamentale dell'individuo, contributo che appare peraltro particolarmente problematico nell'ambito dell'ordinamento italiano, ove alcun riconoscimento è attualmente attribuito alle unioni civili.

La ricerca sin qui condotta si inquadra dunque in una prospettiva evolutiva, in cui l'assenza di disciplina materiale e conflittuale per le unioni civili appare transitoria, non solo alla luce del sistema internazionale di tutela dei diritti dell'uomo, ma anche per gli stimoli derivanti dal diritto comunitario.

A tale ultimo riguardo, deve aggiungersi che alla materia dei rapporti tra conviventi la Commissione europea sta dedicando particolare attenzione. Infatti, nel solco delle conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere (15 e 16 ottobre 1999) che ha invitato la Commissione a « procedere ad uno studio globale sulla necessità di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri in materia civile per eliminare gli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili » (12), la Commissione, nel quadro dell'estensione dell'azione comunitaria al diritto di famiglia (13), ha affidato a un istituto di ricerca uno studio sui regimi matrimoniali delle coppie coniugate e sui rapporti patrimoniali tra conviventi nel diritto internazionale privato e nel diritto interno degli Stati dell'Unione (14). Tale studio, rivolto alla redazione di una apposita proposta di regolamento

(12) Consiglio europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, cit.

(13) Sulla quale si veda *supra* il par. 9 del capitolo II.

(14) CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des États membres de l'Union européenne*, cit.

per l'armonizzazione dei principi di diritto internazionale privato e di diritto interno in queste materie, e considerato nelle differenti implicazioni problematiche, pone in luce l'opportunità di fare uso dei poteri normativi della Comunità al fine di limitare in maniera consistente il ricorso al principio dell'ordine pubblico nei singoli Stati membri e di raggiungere un'adeguata disciplina materiale e di conflitto delle unioni civili. Ciò, nel quadro del Programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale (15), intrapreso a seguito delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, in cui, come si è visto, altre norme utili alla disciplina dei differenti aspetti connessi alle unioni civili potranno individuarsi ad es. nelle norme di procedura concernenti la risoluzione di controversie transfrontaliere riguardanti i crediti alimentari, che il Consiglio dovrebbe stabilire su proposta della Commissione e che dovranno riguardare anche i *partners* registrati o i conviventi, come evidenziato dal Libro verde sulle obbligazioni alimentari presentato dalla Commissione nel 2004 (16), oppure nelle disposizioni rivolte a determinare giurisdizione, legge applicabile e riconoscibilità delle decisioni in tema di effetti patrimoniali delle unioni registrate e sollecitate dal *Libro verde del 2006 sui regimi matrimoniali* (17).

2. *Rilevanza della qualificazione delle unioni civili.*

Nella definizione della disciplina di conflitto delle unioni civili secondo la prospettiva tradizionale di soluzione dei conflitti di leggi, l'elemento più significativo considerato dalla ricerca condotta è il fondamentale problema della qualificazione di tali istituti. Per

(15) Sul quale si veda *supra* il par. 4 del capitolo III.

(16) *Libro verde sulle obbligazioni alimentari* presentato dalla Commissione il 15 aprile 2004, cit.

(17) *Libro verde sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali* presentato dalla Commissione il 17 luglio 2006, cit.

determinare la disciplina delle unioni civili, occorre in primo luogo stabilire cosa si intenda.

Difficile appare la soluzione di tale problema entro l'ordinamento italiano, ove manca sia la disciplina materiale delle unioni civili, sia, con riguardo al diritto internazionale privato, una disposizione di conflitto, a esse relativa (18), nonché una norma generale in tema di qualificazione, e diversi sono gli orientamenti della dottrina al riguardo (19). Differenti possono essere inoltre le soluzioni raggiungibili sulla base dei metodi di qualificazione utilizzati (20).

Nell'ambito del metodo che si fonda sulla localizzazione dei rapporti giuridici al fine di risolvere i conflitti tra ordinamenti differenti, si è inoltre osservato che le alternative tradizionali alla soluzione del problema delle qualificazioni, ovvero utilizzo della *lex fori*, o della *lex causae*, difficilmente si prestano a definire la qualificazione delle unioni civili.

La qualificazione *lege fori* impone al giudice adito di determinare, secondo le disposizioni vigenti entro il proprio ordinamento, l'ambito materiale delle norme applicabili, in ragione di varie argomentazioni, tutte riconducibili alla circostanza che all'atto del richiamo di un sistema giuridico straniero, il legislatore limita la propria sovranità nel regolare le fattispecie collegate con altri paesi, e pertanto spetta a lui solo decidere la misura in cui è consentita l'applicabilità della legge straniera. Pertanto, poiché secondo tale metodo di qualificazione, il carattere tecnico-giuridico attribuito ad un istituto dall'ordinamento richiamato rileva solo in quanto la sua

(18) Per la segnalazione di tale lacuna si veda già CLERICI, *Art. 29*, in *Commentario*, cit., p. 156.

(19) Per la possibile applicazione della qualificazione *lege causae* entro il sistema italiano di diritto internazionale privato si veda ad es. BARIATTI, *Art. 1*, cit., p. 887 ss.; per la necessità di scindere la qualificazione in due operazioni distinte, la prima secondo la *lex fori*, e la seconda secondo la *lex causae*, si veda invece BOSCHIERO, *Art. 15*, cit., p. 1043 ss.; ID., *Appunti*, cit., p. 222 ss.; CONETTI, *Art. 15*, cit., p. 49 s.; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 172 ss.

(20) Tali soluzioni sono state teoricamente considerate nell'ambito del capitolo IV.

funzione corrisponda a quella prevista dalle norme di conflitto del foro, è evidente la difficoltà di applicarlo alle unioni civili, in quanto attualmente prive di qualsivoglia specifica disciplina entro il sistema giuridico italiano (21).

La qualificazione *lege causae* implica invece l'accettazione completa della qualificazione straniera entro l'ordinamento del foro, e, al di là dei problemi teorici concernenti questa soluzione nei suoi termini generali, quale ad es. il circolo vizioso che si ritiene possa determinarsi se la fattispecie astratta, descritta nella norma di conflitto, viene definita dalla legislazione la cui competenza non sarebbe stabilita se non nel caso in cui fosse accertata tale qualificazione della fattispecie controversa, non appare comunque adatta alle unioni civili, per il rischio che eventuali considerazioni di ordine pubblico determinino il rigetto della qualificazione individuata entro la *lex causae*.

Due sono pertanto le alternative suggerite in ordine alla qualificazione delle unioni civili.

Da un lato, è possibile scindere l'operazione di qualificazione in due momenti distinti, classificando dapprima i presupposti di questi istituti della convivenza, e la formalizzazione dei medesimi in accordi o partenariati, nel quadro della c.d. prima qualificazione, secondo alcuni punti di riferimento tratti dall'ordinamento italiano, quale ad es. l'art. 2 Cost., ed accogliendo poi, nell'ambito della seconda qualificazione, la nozione prevista dall'ordinamento straniero per tali istituti, con la conseguenza che la classificazione delle questioni concernenti le unioni civili entro l'ordinamento straniero chiamato a disciplinarle (*lex causae*), eventualmente diversa da quella accoglibile nel nostro sistema, rilevi sia al fine dell'individuazione delle disposizioni materiali ad esse applicabili, sia per il funzionamento delle norme straniere di diritto internazionale privato.

Dall'altro lato, è possibile superare l'assenza di riferimenti

(21) Per un'applicazione della qualificazione *lege fori* alle unioni civili, si veda tuttavia CALÒ, *Le convivenze registrate*, cit., p. 57 ss.

utili alla qualificazione delle unioni civili secondo la *lex fori*, tramite il metodo dell'analisi comparata degli ordinamenti in conflitto (22). Si tratta cioè di vedere se entro l'oggetto dei criteri di collegamento, posti dal sistema italiano di diritto internazionale privato in relazione ad altre fattispecie (ad es. i diritti della personalità), è possibile ricomprendere le unioni civili, in ragione del fatto che le nozioni rivolte a descrivere tali fattispecie siano intese con il medesimo significato dei termini impiegati dai sistemi giuridici stranieri. Anche secondo questo metodo, l'individuazione delle regole materialmente applicabili e suscettibili di far produrre alla situazione di fatto l'effetto giuridico desiderato avviene poi nell'ambito di un'operazione successiva e distinta, entro l'ordinamento richiamato. L'irrilevanza dei riferimenti normativi propri della *lex fori* può in questo caso agevolare l'interprete italiano, in quanto privo della possibilità di considerare una disciplina materiale propria delle unioni civili.

Nella scelta tra tali alternative di qualificazione, due osservazioni assumono un ruolo decisivo.

Seguendo la prima alternativa, realizzabile secondo il metodo della c.d. « doppia qualificazione » viene necessariamente in rilievo il problema degli istituti ignoti alla *lex fori*. Poiché le unioni civili risultano ignote all'ordinamento del giudice italiano, siano esse formalizzate tramite accordi o tramite partenariati, il metodo della doppia qualificazione deve superare le difficoltà derivanti da tali circostanze, riconducibili, nell'essenziale, al fatto che il problema di classificazione da risolvere è sconosciuto a uno dei due sistemi giuridici contrapposti, e dunque la qualificazione prescelta dall'altro rischia di imporsi senza resistenze, determinando una sorta di « costrizione alla qualificazione » (23), che tuttavia verrebbe evitata, nel caso di specie, tramite il richiamo dell'ordine pubblico.

(22) Sul quale si veda *amplius supra* i par. 1 e 2 della I sezione del capitolo IV.

(23) JAYME, *Zur Qualifikationsverweisung*, cit., p. 98; DROZ, *Regards*, cit., p. 325 ss.

Seguendo la soluzione offerta al problema della qualificazione delle unioni civili dal metodo dell'analisi comparata degli ordinamenti in conflitto, si supera invece la difficoltà di classificare istituti ignoti, per i quali, cioè, non è dato rinvenire alcuna disciplina (materiale o di conflitto) entro l'ordinamento del foro. Si presuppone l'esistenza di una nozione di unioni civili sottesa alla disciplina di conflitto codificata per altre fattispecie, perseguendo un approccio funzionale, nell'ambito del quale è appunto la funzione propria di ogni istituto a definirne la natura, e a richiamare l'applicazione di regole di conflitto sulla base dell'analogia. Si delinea in tal modo una « qualificazione di diritto internazionale privato », c.d. « *Internationalprivatrechtliche Qualifikation* », che mira ad interpretare i concetti sottesi alle norme di conflitto in funzione degli scopi cui esse sono destinate (24).

Pur trattandosi di un metodo molto difficile per l'interprete, che, al fine di dedurre concetti sistematici dall'interpretazione di norme materiali individuali (25), dovrebbe operare *a priori* una valutazione su risultati destinati a prodursi in seguito alla sua scelta, senza aver alcun punto di riferimento, se non l'indicazione di tre categorie, alquanto vaghe, di interessi cui far riferimento, quali l'interesse delle parti, l'interesse della circolazione giuridica, gli interessi legati allo stesso ordine del diritto internazionale privato, esso tuttavia pare potersi adattare alla qualificazione delle unioni civili, in cui non dovrebbe essere difficile il bilanciamento tra tali interessi, soprattutto alla luce delle indicazioni proprie della terza categoria, quale ad es. l'interesse ad evitare situazioni claudicanti (26).

D'altra parte, si è recentemente riconosciuta l'esistenza di un

(24) KEGEL, *Internationales Privatrecht*, cit., pp. 254-258.

(25) KEGEL, *Allgemeines Kollisionsrecht*, cit., p. 60.

(26) Sull'applicazione del metodo funzionale alla qualificazione, da parte dell'interprete tedesco, dei matrimoni omosessuali olandesi, per i quali si è riconosciuta l'applicabilità delle norme previste dalla legge del 2001, si veda COESTER-WALTJEN, *National Report, Germany*, cit., p. 49 ss.

certo « denominatore comune » (27) nella definizione della nozione di « relazioni registrate ». Al di là della forma che tali fattispecie possono assumere nelle singole discipline nazionali (accordo o partenariato) (28), si riconosce quale oggetto essenziale delle stesse l'istituzione di una relazione giuridica esclusiva tra due persone, che deve essere legalmente dissolta affinché i soggetti coinvolti possano intraprendere una nuova relazione giuridica « di coppia » con un'altra persona (29).

È pertanto innegabile l'esistenza dei presupposti essenziali ai fini della costruzione di una nozione autonoma degli istituti della convivenza, dato che, come precisato nello studio del Consortium Asser - UCL, al fine di preparare un regolamento rivolto all'armonizzazione dei principi di diritto internazionale privato e di diritto interno in materia, la soluzione dei problemi di qualificazione delle unioni civili consiste nell'adozione di una nozione autonoma, cui ricondurre le varie fattispecie secondo le quali tali istituti si concretizzano nell'ambito dei singoli ordinamenti, suscettibili di essere elencate in allegato al futuro regolamento (30).

3. *Soluzioni proponibili sulla base della qualificazione autonoma delle unioni civili.*

Sulla base della prospettata qualificazione autonoma delle unioni civili, la ricerca sin qui condotta ha pertanto evidenziato la possibilità di proporre una disciplina di conflitto fondata, entro il

(27) CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes matrimoniaux*, cit., p. 218 ss.

(28) Si veda nello stesso senso la definizione di *paternariat enregistré* del *Libro verde sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali*, cit., p. 3. Per l'analisi della disciplina di tali istituti si vedano *supra* i par. 1 e 2 del capitolo I.

(29) CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes matrimoniaux*, cit., p. 219.

(30) CONSORTIUM ASSER - UCL, *Étude sur les régimes matrimoniaux*, cit., p. 220.

sistema italiano attuale di diritto internazionale privato, nell'ambito dei diritti della personalità e dunque richiamando, in linea generale, la legge nazionale dei *partners* (art. 24, l. n. 218/1995) quanto alla titolarità del diritto a contrarre tali unioni e ai presupposti personali per il suo esercizio.

Tale collegamento, la cui applicabilità si giustifica, dal punto di vista teorico, sulla base della qualificazione del diritto a contrarre un'unione civile in termini di diritti fondamentali della persona (31), presenta infatti il vantaggio di essere facilmente individuabile e di impedire la frode alla legge, che potrebbe invece realizzarsi a seguito dell'applicazione di altri collegamenti, proposti seppure sulla base di un'analoga qualificazione dei partenariati, quale ad es. il luogo di registrazione, come recentemente suggerito dalla dottrina straniera (32), soprattutto al fine di consentire la registrazione dei partenariati ai cittadini di Stati il cui ordinamento non riconosce tale possibilità (33). Il collegamento della cittadinanza appare inoltre funzionale alla realizzazione del principio dell'armonia internazionale delle soluzioni (34), che, come noto, consente di risolvere i conflitti di leggi in modo tale che, all'interno degli ordinamenti direttamente interessati, ogni caso in cui tale conflitto si presenti possa ricevere la medesima disciplina, indipendentemente dalla giurisdizione competente in ordine ad esso (35), come dimostra anche l'analisi dei risultati cui conduce la soluzione proposta in tema di questioni preliminari (36).

Quanto invece alla regolamentazione dello svolgimento della convivenza, delle obbligazioni tra i *partners* e dell'eventuale sciogli-

(31) Si veda nello stesso senso HENRICH, *Kollisionrechtliche Fragen*, cit., p. 137.

(32) Si veda in tal senso DEVERS, *Le concubinage*, cit., p. 219 ss.; KESSLER, *Les partenariats enregistrés*, cit., p. 123 ss.

(33) BOGDAN, *IPR-Aspekte*, cit., p. 56 ss.

(34) Sulle origini di tale principio, si veda in generale KAHN, *Gesetzeskollisionen*, cit., p. 15 ss.

(35) Si veda in generale sul punto PATOCCHI, *Règles*, cit., p. 200 ss.

(36) Sul punto si veda il par. 5 della II sezione del capitolo IV.

mento, si è suggerita, *de iure condendo*, e solo ove non siano già presenti norme di conflitto idonee a regolare alcuni aspetti delle unioni civili non difficilmente qualificabili (quali ad es. le successioni, le donazioni, i rapporti con i figli, l'adozione, ecc.) (37), l'opportunità di prevedere il criterio di collegamento dell'*electio iuris*, anche implicita, come risultante dal ricorrere a un istituto previsto da una data legislazione, dal momento che le unioni civili trovano la loro origine nella volontà dei soggetti che le scelgono in alternativa al matrimonio, e si è da tempo sottolineata l'opportunità di estendere la valenza di tale volontà anche alla disciplina di conflitto di tali istituti (38). D'altra parte, come si è detto, l'estensione del collegamento dell'autonomia della volontà è generalmente riconosciuta come una tendenza attuale cui paiono corrispondere, da un lato molti sistemi di diritto internazionale privato, in cui tale collegamento si applica non solo in materia contrattuale, ma anche in molti altri ambiti, quali i rapporti patrimoniali e personali tra coniugi, le donazioni, la responsabilità extracontrattuale, il diritto al nome, le successioni e la divisione ereditaria, e, dall'altro, numerose convenzioni internazionali (39).

Tale soluzione offre numerosi vantaggi, tra i quali si segnala innanzitutto la realizzazione di una disciplina di conflitto uniforme in una materia variamente regolata dai singoli ordinamenti (40). Più in particolare, e con riguardo all'ordinamento italiano, tale soluzione consente di differenziare la disciplina delle unioni civili rispetto ai rapporti di famiglia, la cui regolamentazione di conflitto nell'ordinamento italiano è sottratta alla libera disponibilità delle parti, se non per la limitata rilevanza dell'autonomia della volontà

(37) Tali aspetti sono stati oggetto di analisi nella II sezione del IV capitolo.

(38) GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple*, cit., p. 173.

(39) A tali aspetti è rivolta l'analisi condotta nel par. 1 della II sezione del capitolo IV.

(40) Per la considerazione dell'*electio iuris* quale collegamento idoneo a creare una disciplina di conflitto uniforme, si veda il *Libro verde della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio*, cit.

in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi. Sempre con riguardo al sistema giuridico italiano, la soluzione rivolta a richiamare l'*electio iuris*, quale criterio di collegamento principale ai fini dell'individuazione della disciplina dei rapporti tra i conviventi, ha il pregio di uniformare la regolamentazione internazionalprivatistica di tali fattispecie con altre che possono analogamente concretizzarsi nei rapporti tra i conviventi, quali ad es. le obbligazioni contrattuali dagli stessi assunte (ad es. trasferimento della quota di proprietà di un bene comune), in quanto sottoposte alla legge scelta secondo le previsioni dell'art. 3 della Convenzione di Roma del 1980, o le donazioni e le successioni.

Inoltre, la soluzione proposta consentirebbe, ove accolta, di collegare la determinazione volontaria della legge applicabile alle unioni civili alla possibilità che il giudice competente a svolgere tale operazione, quando si tratti di accertare in via principale la esistenza, la validità o la cessazione dell'unione, sia individuato sulla base della stessa volontà dei *partners*.

Accanto a questa competenza, come si è visto (41), molto spesso la volontà dei *partners* può fondare la competenza del giudice italiano ad esaminare alcune controversie nascenti dalla loro unione, secondo il modello positivo di « contratto giudiziaro » (42), in base al quale la volontà delle parti influisce sulla determinazione della competenza ai giudici di un determinato Stato altrimenti non fondata su norme ivi vigenti. In tal senso è chiara la disposizione dell'art. 4, comma 1, della l. n. 218/1995, che precisa i requisiti formali di tale *electio fori*, consistenti, qualora si tratti di accettazione espressa, della forma scritta *ad probationem*, e, qualora si tratti di accettazione c.d. tacita o implicita, della « mancata eccezione del difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo da parte del convenuto che sia comparso nel processo ». Inoltre, a seguito

(41) Tale aspetto è stato oggetto di indagine nell'ambito del par. 3 del capitolo III.

(42) FRAGISTAS, *La competence internationale*, cit., p. 165 ss.

della comunitarizzazione del diritto internazionale privato, tale possibilità è prevista sia dal Regolamento n. 44/2001 (artt. 23 e 24) sia dal Regolamento n. 2201/2003 (art. 12, par. 3), che, nonostante incertezze interpretative, possono ritenersi applicabili ad alcuni aspetti delle unioni civili (43).

Evidenti, infine, le implicazioni positive della soluzione proposta anche con riguardo alla circostanza che *electio iuris* ed *electio fori* nell'ambito delle controversie concernenti le unioni civili, rilevino in sede di riconoscimento delle decisioni (44), aspetto centrale, nell'attuazione di tali istituti come espressione del diritto fondamentale dell'individuo alle relazioni interpersonali. Come si è visto, infatti, nelle ipotesi in cui lo *status* dei conviventi sia stato creato entro un ordinamento straniero, le regole concernenti il riconoscimento delle decisioni straniere contribuiscono in maniera fondamentale alla tutela e all'efficacia di tale *status*.

(43) Su tale aspetto si vedano *supra* i par. 1 e 2 del capitolo III.

(44) Sul riconoscimento delle decisioni concernenti i partenariati registrati e gli accordi di convivenza, si vedano i par. 3-6 del capitolo V.

INDICE DELLE SENTENZE

GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

Corte internazionale di giustizia

sent. 5 aprile 1955, *Liechtenstein v. Guatemala*: 130

Comitato dei diritti dell'uomo

com. n. 488/1992: *Australia*, d. 31 marzo 1994 - CCPR/C/50/d/488/1992: 36
com. n. 549/1993: *France*, d. 29 dicembre 1997 - CCPR/C/60/d/549/1993: 36
com. n. 902/1999: *New Zealand*, d. 17 luglio 2002 - CCPR/C/75/D/902/1999: 37
com. n. 941/2000: *Australia*, d. 18 settembre 2003 - CCPR/C/78/D/941/2000

Corte europea dei diritti dell'uomo

sent. 13 giugno 1979, *Markx c. Belgio*: 40, 46, 47, 73, 225
sent. 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*: 41, 44
sent. 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*: 46
sent. 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*: 40, 48
sent. 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*: 43, 47, 48, 49
sent. 21 giugno 1988, *Berrehab c. Paesi Bassi*: 41
sent. 26 ottobre 1988, *Norris c. Irlanda*: 41, 44
sent. 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*: 43, 48, 49, 50, 51, 52, 224
sent. 25 marzo 1992, *B. c. Francia*: 48
sent. 16 dicembre 1992, *Niemetz c. Germania*: 39
sent. 25 marzo 1993, *Costello - Roberts c. Regno Unito*: 39
sent. 22 aprile 1993, *Modinos c. Cipro*: 41, 44
sent. 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*: 40, 41, 73, 225
sent. 27 ottobre 1994, *Kroon c. Paesi Bassi*: 40, 73, 153, 225
sent. 24 aprile 1996, *Boughanemi c. Francia*: 40, 41
sent. 7 agosto 1996, *C. c. Belgio*: 41
sent. 22 aprile 1997, *X, Y e Z c. Regno Unito*: 40, 41, 47
sent. 30 luglio 1998, *Sheffield and Horsham c. Regno Unito*: 49, 50
sent. 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*: 42, 157
sent. 25 gennaio 2000, *Ignaccolo - Zenide c. Romania*: 41, 73, 188, 225
sent. 1° febbraio 2000, *Mazurek c. Francia*: 39

- sent. 10 maggio 2001, *Mata Estevez c. Spagna*: 52
- sent. 26 maggio 2002, *Frette c. Francia*: 42, 157
- sent. 11 luglio 2002, *I. c. Regno Unito e Christine Goodwin c. Regno Unito*: 49, 51
- sent. 24 ottobre 2003, *Karner c. Austria*: 44, 45
- sent. 24 novembre 2005, *Shofman c. Russia*: 153
- sent. 12 gennaio 2006, *Mizzi c. Malta*: 153

Commissione europea dei diritti dell'uomo

- rapp. 1° marzo 1979, *van Oosterwijck c. Belgio*: 50
- dec. 3 maggio 1983, *X e Y c. Regno Unito* (9369/81): 43
- rapp. 12 dicembre 1984, *Rees c. Regno Unito*: 50
- dec. 14 maggio 1986, *Simpson c. Regno Unito* (11716/85): 43, 44
- rapp. 9 maggio 1989, *Cossey c. Regno Unito*: 50
- dec. 10 febbraio 1990, *B c. Regno Unito* (16106/90): 43
- dec. 19 maggio 1992, *Kerkhoven, A. M. Hinke e S. Hinke c. Paesi Bassi* (15666/89): 41
- dec. 8 febbraio 1993, *G. c. Paesi Bassi* (16944/90): 42
- dec. 15 maggio 1996, *Röösli c. Germania* (28318/95): 43, 44

Corte di giustizia delle comunità europee

- sent. 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. Enel*: 85
- sent. 6 ottobre 1976, in causa 12/76, *Tessili c. Dunlop*: 27
- sent. 6 marzo 1980, in causa 120/79, *de Cavel c. de Cavel*: 203
- sent. 7 giugno 1984, in causa 129/83, *Zelger c. Salinitri*: 27
- sent. 2 luglio 1985, in causa 148/84, *Deutsche Genossenschaftsbank c. Brasserie du Pêcheur*: 27
- sent. 17 aprile 1986, in causa C-59/85, *Reed c. Paesi Bassi*: 60, 87
- sent. 7 luglio 1992, in causa C-369/90, *Mario Vicente Micheletti e a. c. Delegacion del Gobierno en Cantabria*: 66
- sent. 19 gennaio 1993, in causa C-89/91, *Shearson Lehman Hutton c. TVB*: 27
- sent. 30 aprile 1996, in causa C-13/94, *P. c. S. e Cornwall County Council*: 61
- sent. 9 gennaio 1997, in causa C-383/95, *Rutten c. Cross Medical*: 27
- sent. 23 gennaio 1997, in causa C 29/95, *Eckehard Pastoors e Trans-Cap GmbH c. Belgio*: 95
- sent. 3 luglio 1997, in causa C-269/95, *Benincasa c. Dentalkit*: 27
- sent. 2 dicembre 1997, in causa C-336/94, *Eftalia Dafeki c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*: 70
- sent. 17 febbraio 1998, in causa C-249/86, *Grant c. South West Trains Ltd*: 61, 62
- sent. 22 giugno 2000, in causa C-65/98, *Safet Eyüp c. Austria*: 60
- sent. 31 maggio 2001, in cause C-122 e C 125/99, *P. D. e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione europea*: 59, 62
- sent. 20 settembre 2001, in causa C-184/99, *Rudy Grzelczyk e Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*: 68
- sent. 11 luglio 2002, in causa C-224/98, *Marie-Nathalie D'Hoop e Office national de l'emploi*: 67

- sent. 11 luglio 2002, in causa C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*: 67
- sent. 17 settembre 2002, in causa C-413/99, *Baumbast, R. e Secretary of State for the Home Department*: 68, 69
- sent. 23 settembre 2003, in causa C-109/01, *Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akricb*: 62
- sent. 2 ottobre 2003, in causa C-148/02, *Garcia Avello e Stato belga*: 70, 71, 130
- sent. 7 gennaio 2004, in causa C 117/01, *KB c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*: 61
- sent. 14 ottobre 2004, in causa C-36/02, *Omega Spielballen- und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*: 177
- sent. 19 ottobre 2004, in causa C-200/02, *Man Lavette Chen, Kunqian Catherine Zhu c. Secretary of State for the Home Department*: 69
- sent. 20 gennaio 2005, in causa C-27/02, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*: 27
- sent. 27 aprile 2006, in causa C-423/04, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*: 61
- parere 7 febbraio 2006, n. 1/03: 82

Tribunale di primo grado

- sent. 28 gennaio 1999, in causa T-264/97, *D. c. Consiglio dell'Unione europea*: 59, 62

GIURISPRUDENZA ITALIANA

- Corte cost., 6 luglio 1994, n. 281: 15
- Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 28: 16
- Corte cost., 26 gennaio 1997, n. 203: 16
- Corte cost., ord. n. 313 del 20 luglio 2000: 16
- Cass., 21 ottobre 1955, n. 3399: 174
- Cass., 23 aprile 1966, n. 1041: 14
- Cass., sez. un., 12 maggio 1969, n. 1617: 120
- Cass., 7 febbraio 1975, n. 458: 120
- Cass., 8 febbraio 1977, n. 556: 15
- Cass., sez. un., 15 gennaio 1983, n. 319: 120
- Cass., 24 novembre 1989, n. 5074: 174, 197
- Cass., 8 novembre 1994, n. 9278: 220
- Cass., sez. un., 9 dicembre 1996, n. 10954: 94
- Cass., 12 settembre 1997, n. 9033: 94
- Cass., 4 aprile 1998, n. 3053: 15
- Cass., sez. un., 27 novembre 1998, n. 12056: 94
- Cass., 2 marzo 1999, n. 1739: 162
- Cass., 26 febbraio 2002, n. 2791: 167
- Cass., sez. un., ord. 3 febbraio 2004, n. 1994: 94
- Cass., 12 febbraio 2004, n. 2685: 17
- Cass., 24 febbraio 2004, n. 3622: 17

App. Milano, 16 novembre 1993: 15, 23, 127, 172
 App. Torino, 27 novembre 1995: 220
 App. Milano, 4 dicembre 1995: 15, 23, 127, 172
 App. Milano, 27 marzo 1998: 199
 App. Torino, 30 ottobre 2000: 220
 Trib. Milano, 23 gennaio 1997: 15, 23, 127, 172
 Trib. Minorenni Perugia, 16 gennaio 1998: 15, 23, 127, 172
 Trib. Palermo, 3 settembre 1999: 15, 23, 127, 172
 Trib. Catania, 20 dicembre 1999: 95
 Trib. Firenze (decr.), 20 maggio 2003: 92
 Trib. Latina (decr.), 10 giugno 2005: 31, 135
 Trib. Firenze, 7 luglio 2005: 15
 TAR Toscana, sez. I, 9 febbraio 1996: 14

GIURISPRUDENZA STRANIERA

OLG Düsseldorf, 10 aprile 1979 (Germania): 3
 OGH, 18 febbraio 1982 (Austria): 3, 189
 OGH, 18 dicembre 1982 (Austria): 135
 Tribunal de grande instance Paris, 21 novembre 1983 (Francia): 3, 24, 119, 169
 OGH, 23 novembre 1988 (Austria): 14
 Tribunal Constitucional, 15 novembre 1990 (Spagna): 126
 Tribunal Constitucional, 11 dicembre 1992 (Spagna): 126
 Conseil constitutionnel, 13 agosto 1993, n. 93-325 (Francia): 134
Baehr v. Miike, n. 91-1394, Cir. Ct. Hawaii, 1996 (Stati Uniti): 184
 House of Lords, 28 ottobre 1999, *Fitzpatrick (A.P.) v. Sterling Housing Association Ltd.* (Regno Unito): 11
 Conseil Constitutionnel, 9 novembre 1999 (Francia): 4, 100, 127, 135, 178
 Tribunal de grande instance Paris, 27 giugno 2001 (Francia): 156
 Tribunal da Relação de Lisboa, 30 gennaio 2002 (Portogallo): 189
 Bundesverfassungsgericht, 17 luglio 2002 (Germania): 126
Rosengarten v. Downes, 806 A.2d 1066 (Conn. App. Ct. 2002), (Stati Uniti): 185
Rosengarten v. Downes, 802 A.2d 170, 172 (Conn. App. Ct. 2002) (Stati Uniti): 185, 186
Halpern v. Canada (Attorney General) (2003 Ct. App.) (Canada): 29
Egale Canada Inc. v. Canada (Attorney General) (2003 Ct. App.) (Canada): 29
Goodridge v. Department of Public Health, 8860 (2003 Mass. SJC) (Stati Uniti): 8
Hendricks v. Quebec (Attorney General) (2004) (2004 Ct. App.) (Canada): 29
Fourie v. Minister of Home Affairs, Case n. 232/2003, Supreme Court of Appeal of South Africa, 30 novembre 2004 (Sud Africa): 29

INDICE DEGLI AUTORI (*)

- AGO: 21, 117, 162
 ALFREDSSON: 35
 ALSTON: 53
 ANCEL: 87
 ANDENÆS: 1, 7, 38, 45, 62, 154
 ARMINJON: 179
 ÁRNASON: 35
 AUDIT: 3, 27, 169
 AVETA: 45

 BADIALI: 158, 159
 BALLADORE PALLIERI: 117
 BALLARINO: 94, 159, 166, 199
 BARATTA: 57, 58, 65, 70, 71, 83, 87, 89, 90, 137, 141, 197, 208, 213, 220
 BAREL: 130
 BARIATTI: 23, 26, 82, 116, 148, 153, 199, 228
 BARNICH: 141
 BARTIN: 21, 117
 BARTOLE: 40, 52
 BARUFFI: 64, 90, 127, 148, 213, 214, 215
 BASEDOW: 65, 82
 BASSANINI: 54
 BATIFFOL: 117, 118, 120
 BECKETT: 26
 BELL: 57
 BENEDETTI: 27, 136
 BENEDETTI: 15
 BERNASCONI: 22
 BERTHOU: 51, 59
 BERTOLI: 95, 176, 200, 212
 BOELE-WOELKI: 2, 82
 BOGDAN: 128, 164, 233

 BONINI: 31
 BONINI BARALDI: 57
 BONOMI: 87, 219, 220
 BORCHERS: 185
 BORRÁS: 82, 85, 102, 179, 182
 BORRILLO: 41
 BOSCHIERO: 14, 15, 18, 23, 31, 116, 116, 120, 125, 140, 148, 162, 168, 172, 174, 175, 179, 228
 BOUCAUD: 35
 BOUREL: 175
 BRIBOSIA: 54
 BROGGINI: 93
 BRUNETTA D'USSEAUX: 15
 BUCHER: 12, 17, 34, 136, 137, 150, 156, 174, 175, 205, 212

 CAFARI PANICO: 103, 118, 154, 219
 CALÒ: 18, 120, 134, 137, 141, 142, 197, 229
 CAMPBELL: 61
 CAMPIGLIO: 43, 51, 52, 101, 116, 139, 140, 151, 183, 228
 CANSACCHI: 21, 117
 CARACCIOLO DI TORELLA: 58, 59
 CARBONE S.M.: 23, 84, 93, 97, 100, 153, 172, 174, 179, 204, 212
 CARBONE V.: 15
 CARELLA: 101, 146, 151
 CARLIER: 3, 146
 CARRILLO SALCEDO: 118
 CHECA MARTINEZ: 126, 182
 CHRISTIE: 7
 CIVININI: 199

(*) Il numero della pagina in corsivo indica la prima citazione di un'opera dell'autore.

- CLERICI: 83, 95, 116, 130, 142, 143, 147, 228
 COESTER: 2, 20, 124, 231
 COESTER-WALTJEN: 2, 20, 124, 231
 COLLURA: 154
 COMANDÉ: 141
 CONDINANZI: 66
 CONETTI: 23, 93, 94, 97, 101, 110, 116, 130, 142, 143, 151, 153, 172, 174, 179, 228
 CONFORTI: 40, 52, 54, 85
 CONNELLY: 46
 CONSOLO: 97, 110
 CONTALDI: 107
 COUSSIRAT-COUSTÈRE: 39
 COWLES: 179
 CURTI GIALDINO: 146

 D'ANGELO: 15
 DASHWOOD: 95
 DAVI: 174, 220
 DE BLOIS: 46, 52, 53, 224
 DE BURCA: 54
 DECAUX: 40
 DE CESARE: 84, 100, 146, 172
 DE GIORGI: 171
 DELI: 147
 DELMAS SAINT-HILAIRE: 2, 137, 189
 DE MIGUEL ASENSIO: 82
 DE NOVA: 179
 DERSTADT: 171
 DE SCRILLI: 15
 DESPAGNET: 121
 DETRICK: 35
 DEVERS: 3, 81, 86, 87, 128, 133, 148, 150, 152, 164, 165, 178, 210, 217, 233
 DI BLASE: 93, 108, 127
 DICKHUTH-HARRACH: 148
 DI GAETANO: 162
 DISTEFANO: 131
 DOERNER:
 DÖLLE: 173
 DONATH: 170
 DONY: 54
 DOUGAN: 54
 DOUGLAS: 34, 35, 40
 DROESE: 192
 DROUET: 83

 DROZ: 108, 123, 129, 164, 171, 172, 230

 EIDE: 35
 EINHORN: 65
 ERIKSSON: 35
 ESPINOSA CALABUIG: 87, 90

 FALCONBRIDGE: 117
 FALLON: 176
 FARKAS: 7
 FELDMAN: 39
 FERRANDO: 15
 FERRER CORREIA: 175
 FLAUSS: 66
 FONGARO: 28
 FORDER: 1, 57
 FRADA DE SOUSA: 17, 126, 141, 189
 FRAGISTAS: 96, 235
 FRANCESCAKIS: 22
 FRANCHI: 102, 103, 154, 199
 FREEMAN: 12
 FRIGESSI DI RATTALMA: 199
 FRIGO: 84, 100
 FUCKS: 2
 FULCHIRON: 3, 5, 10, 17, 19, 128, 137, 142, 144, 145
 FUMAGALLI: 84, 100

 GAJA: 54, 95, 108, 174
 GANNAGÉ: 137, 149
 GAUDEMET-TALLON: 3, 22, 83, 87, 99, 113, 125, 145, 148, 175, 234
 GAUTIER: 3, 119, 137, 150, 169, 175
 GEBAUER: 20, 192
 GERARD: 54
 GHERA: 95
 GIRSBERGER: 192
 GIULIANO: 146
 GLENDON: 3
 GOLDSCHMIDT: 129
 GOMIEN: 49
 GONZALEZ BEILFUSS: 6, 183
 GORDON: 170
 GOTTBORG: 86, 191
 GRAVESON: 118, 179
 GRIGOLO: 51
 GUIGUET: 57
 GUILD: 62

- HAMMJE: 109
 HARRIS: 49
 HELFER: 37, 38
 HENRICH: 128, 148, 233
 HÉRON: 172
 HESS: 82
 HEUZÉ: 3
 HILL KAY: 8, 29, 184, 186
 HOHLOCH: 128
 HONORATI: 102, 148

 IMBERT: 40
 IVALDI: 172, 174, 212

 JACOBS: 49, 66
 JAYME: 82, 123, 125, 145, 146, 168, 230
 JESSURUN D'OLIVEIRA: 17, 65, 128, 148

 KAHN: 21, 26, 117, 129, 144, 233
 KEGEL: 123, 231
 KESSLER: 3, 4, 5, 19, 81, 87, 103, 128, 133, 134, 136, 153, 164, 169, 176, 197, 233
 KHAIRALIAH: 17, 128, 130, 139, 148
 KILKELLY: 40, 45
 KILLERBY: 34
 KJELLAND: 128
 KOHLER: 82
 KOVAR: 67
 KRAMER: 184, 185
 KREN KOSTKHEWICZ: 136

 LAGARDE: 90, 101, 112, 162, 173, 175, 216
 LAGOUTTE: 35
 LANG: 66
 LARDY: 61
 LAWSON: 46, 53
 LEHMANN: 22
 LENAERTS: 27, 54, 55, 95
 LENOIR: 57
 LENTI: 154
 LEWALD: 26, 117, 141, 173
 LIPSTEIN: 22
 LOPES PEGNA: 139
 LORENZ: 171
 LOUIS-LUCAS: 22
 LOUSSOUARN: 175
 LOWE: 34, 35, 40
 LUZZATTO: 85, 93, 94, 96, 108, 110, 112, 133

 MAGAGNI: 137
 MAGRONE: 213, 214
 MAKAROV: 22
 MANTOVANI: 154
 MARESCA: 199
 MARONGIU BUONAIUTI: 92, 167
 MARTIN: 14, 18, 139, 189
 MASSELOT: 51, 58, 59
 MATSCHER: 73, 225
 MAURY: 26, 117, 120
 MAYER: 3
 MC ELEAVY: 90
 MC GLYNN: 2, 56, 57, 58
 MCK. NORRIE: 134
 MEIER: 65
 MENGOSZI: 56
 MERIGGI: 26
 MERLIN: 204
 MIGNOT: 128, 133
 MILLER: 37
 MORELLI: 117
 MORETTI: 15
 MORSINK: 35
 MOSCONI: 31, 85, 87, 101, 116, 140, 152, 165, 172, 173, 174, 212, 228
 MOTILLA: 28, 182
 MOUSTARA: 13, 17, 126, 189
 MUIR WATT: 87
 MÜLLER: 175
 MUNARI: 163, 165, 166

 NADELMANN: 179
 NAFZIGER: 27
 NASCIBENE: 66, 131
 NIBOYET: 120, 121
 NICHOLLS: 90
 NIELSEN: 10
 NUSSBAUM: 173
 NYGH: 30

 O' DONNELL: 39, 40, 48
 O' LEARY: 95
 ORLANDI: 220

 PALLARO: 57, 65
 PATOCCHI: 116, 129, 233
 PERASSI: 117
 PETITTI: 40
 PICONE: 65, 102, 103, 112, 118, 146, 156,

- 157, 162, 163, 164, 165, 166, 172,
175, 176, 199, 217, 219
- PIETRANGELI: 156
- PILLITU: 39
- PINESCHI: 39, 154, 221
- PISILLO MAZZESCHI: 40
- PITEA: 39, 43
- PITTALUGA: 167
- POCAR: 23, 54, 66, 77, 82, 83, 178
- PREBENSEN: 39
- QUADRI: 22
- QUEIROLO: 107
- QUIÑONES ESCÁMEZ: 30
- RAAPE: 112, 173
- RABEL: 21, 24, 25, 121, 122, 173
- RAIMONDI: 40, 52
- RECHBERGER: 14, 17, 189
- REID: 59
- RICCI: 179
- RICHARDS: 4, 5
- RIGAUX: 21, 26, 117
- ROMBOLI: 14
- ROSSI E.: 14
- ROSSI L.S.: 82
- ROSSOLILLO: 17, 18, 29, 31, 113, 119, 128,
136, 137, 140, 198
- RÖTHEL: 20, 192
- RUSO: 40
- SADTLER: 36
- SALERNO: 101, 158
- SANCHEZ LORENZO: 3
- SARCEVIC: 17
- SCHANDA: 7
- SCHLESINGER: 31
- SCHMIDT: 112
- SCHNYDER: 65
- SICCHIERO: 94
- SIEHR: 17, 30, 99, 145, 158
- SIMMA: 53
- SIMON: 67
- SPERDUTI: 22, 117
- STALFORD: 63
- STARACE: 95
- STAUDINGER: 20, 192
- STRIEWE: 3
- STURM: 173
- SUDRE: 39, 48
- SURVILLE: 121
- SYMEONIDES: 27
- TIBERI: 54
- TIZZANO: 54, 66, 83
- TOMASI: 61, 64, 65, 175, 177, 198
- TOMUSCHAT: 46
- TONER: 64
- TONOLO: 23, 102, 103, 127, 136, 142, 147,
148, 154, 168, 170, 202, 220
- TOSI: 52
- TREVES: 136
- VALLADÃO: 129
- VAN DIJK: 51
- VAN HOOFF: 51
- VAN OOIK: 82
- VENTURI: 165
- VIARENGO: 46, 146
- VILLANI: 54
- VISCHER: 173
- VISMARA: 23, 199
- VITTA: 179
- VON BAR: 118
- VON HOFFMANN: 172
- VON OVERBECK: 146, 164
- VON SAVIGNY: 116
- WAALDIJK: 1, 28, 154
- WAGNER: 20, 87, 145, 192, 195
- WAUTELET: 29
- WEBER: 22
- WENGLER: 21, 22, 95, 112, 117
- WHITE: 49
- WICHSE: 175
- WIGNY: 26
- WINTEMUTE: 1, 7, 8, 29, 38, 45, 62, 154
- WOLFF: 117
- ZAMBRANO: 162
- ZENO ZENCOVICH: 40
- ZICCARDI: 22, 117, 162
- ZWAAK: 49